Jur. opp.
31m

Jur. opp
31 m

Heyer

<36631040360018

<36631040360018

Bayer. Staatsbibliothek

Abhandlungen

aus

verschiedenen Theilen

der

Rechtswissenschaft

herausgegeben

von

Conrad Heyer,

Großherzogl. Hess. Landgerichts - Assessor zu Gießen.

Gießen 1841,

Verlag von G. F. Heyer Vater.

201. B

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorwort.

Es ist in Uebung gekommen, daß der Verfasser eingangsweise seiner Schrift die Gründe vorausschickt, die ihn zur Herausgabe derselben bewogen haben; liefert dieser Rechenschaftsbericht keine Rechtfertigung, so hat er um Nachsicht, zuletzt um Entschuldigung, zu bitten Der Verf. dieser Abhandlungen kann manche der gewöhnlichen Gründe nicht zu diesem Gebrauche für sich anführen, manche derselben möchte er nicht gebrauchen. Doch fehlt es ihm nicht an vorhandenen Gründen. Derjenige Jurist, welchem die Anwendung der Gesetze Beruf geworden, wird gewiß die Bemühungen, welche der Forschungsgeist dem Gebiete der Rechtswissenschaft zugewendet, mit aufrichtigem Danke erkennen, daneben wird er sich aber nicht selten in Fällen, welche seiner Beurtheilung vorliegen, und zu dieser das Urtheil der Sachverständigen einzuholen,

oder doch zuzuziehen sich gedrungen fühlt, sagen müssen, daß der reiche Vorrath des wirklich Guten immer noch nicht ausreichen will: entweder behandeln die voluminösesten Werke den concreten Fall mit keiner Sylbe, oder sie enthalten — darin werden die Practiker vollkommen einstimmen — sehr häufig Aussprüche, deren Begründung, selbst mit allem Mißtrauen gegen sich selbst, man vergeblich sucht. In solcher Lage bieten sich die zwei Wege an: entweder unbedingt der Doctrin, oder seiner Ansicht zu folgen. Beide Wege sind gleich mißlich: der erste führt ab von dem Wege, der dem Richter als solchem vorgezeichnet ist, der andere aber kann nur mit einem höchst unbehaglichen Gefühle betreten werden. Muß man doch an so vielen andern Orten diesem Schriftsteller glänzenden Scharfsinn mit meisterhafter Darstellung zugestehen, und soll man daneben zu der Annahme sich berechtigt halten dürfen, daß er in diesem Punkte so ganz geirrt habe? Gewiß wiederholt der Verf. dieser Blätter hier eine Frage, die der anwendende Jurist sich gar zu häufig aufwirft; er kennt jene Besorgniß, jene Unruhe nur zu gut, die ihn auf seinem Wege begleitet und dem er nur deshalb den Vorzug gestattet, weil er es vorziehen muß, seiner Pflicht zu genügen. — Diese schon vor mehren Jahren geschriebenen Abhandlungen bringen nun hier einige

Fragen zur Erörterung, welche der Verf. nach seiner Ansicht beantwortet; er hat sich mit derjenigen Freimüthigkeit ausgesprochen, welche nicht auf Berücksichtigung seiner Persönlichkeit rechnet; diese steht ihm tief unter dem Range, welchen die Würde und der Ernst der Wissenschaft behaupten. Es wird ihm eben so angenehm seyn, diejenigen Gründe kennen zu lernen, welche ihn bestimmen können, seine Ansichten mit Beruhigung ferner festhalten zu dürfen, oder mit Beruhigung sie aufgeben zu können.

Gießen, im November 1840.

Der Verf.

Fragen zur Erörterung, welche der Verf. nach seiner Ansicht beantwortet; er hat sich mit derjenigen Freimüthigkeit ausgesprochen, welche nicht auf Berücksichtigung seiner Persönlichkeit rechnet; diese steht ihm tief unter dem Range, welchen die Würde und der Ernst der Wissenschaft behaupten. Es wird ihm eben so angenehm seyn, diejenigen Gründe kennen zu lernen, welche ihn bestimmen können, seine Ansichten mit Beruhigung ferner festhalten zu dürfen, oder mit Beruhigung sie aufgeben zu können.

Gießen, im November 1840.

Der Verf.

Inhalt.

I. Ist ein Vertrag zum Vortheil eines Dritten ungültig? . . 1—32

II. Ueber intellectuelle Urheberschaft und den Beweis derselben 33—65

III. Ist die vom Beklagten vorgeschützte Resolutivbedingung immer als wahre Einrede zu betrachten? . . . . 66—79

IV. Ueber den Diebstahl eines Miteigenthümers an der gemeinschaftlichen Sache . . . . 80—90

V. Ueber den Concurs der Injurienklagen . . . . 91—104

VI. Ueber die Delation und Relation des Eides, sowie die Gewissensvertretung, als Handlungen im Beweisverfahren, vorzüglich beleuchtet mit Beziehung auf die Frage: Kann zur Führung des eigentlichen (s. g. directen) Gegenbeweises niemals der Eid gebraucht werden? . . . 105—175

Ist ein Vertrag zum Vortheil eines Dritten ungiltig?

Die hier aufgeworfene Frage ist von vielen achtbaren Juristen sehr verschiedenartig beantwortet worden. Während einige derselben die Giltigkeit eines solchen Vertrags aus dem Naturrecht [1]) folgern und beweisen wollen und selbst aus dieser Rechtsquelle dem Dritten eine Klage ableiten, wollen andere den Vertrag zum Vortheil eines Dritten dann in Ehren gehalten haben, wenn er eidlich bestärkt und noch andere, wenn er zum Vortheil einer frommen Stiftung geschlossen sey [2]). — Unsere neuesten und zugleich scharfsinnigsten Rechtslehrer [3]) erklären sich indessen, mit Hinweisung

1) Hoepfner comment. §. 738. — Ferber de stipulat. tertio facta. Lips. 1688.

2) Man s. die bei Thibaut, System des Pandectenrechts §. 158, angeführten Schriftsteller.

3) Alle Schriftsteller, welche über diesen Gegenstand sich ausgesprochen, hier anzuführen, war mir, der ich mich hauptsächlich auf das Studium der Quellen beschränken mußte, einestheils nicht möglich, anderntheils wird die Kenntniß derselben deren Anführen um so mehr als unnöthig darstellen, als es sich hier nur um die Erörterung eines Rechts = Grundsatzes an und für sich handelt.

auf das positive Recht, soweit es der Regel gilt, gegen die Giltigkeit eines Vertrags der Art. Obgleich nun diese Abhandlung gerade das Gegentheil dieser Ansicht darzulegen versucht: so wird man es doch als Beleg meiner großen Achtung für diese Schriftsteller erkennen, wenn ich die ausgesprochenen Ansichten derselben in ihren eigenen Worten hier anzuführen mir erlaube.

v. Wening-Ingenheim[1]) sagt:

„Verträge haben unmittelbar für andere Personen, „außer den Contrahenten, keine Wirkungen, obgleich „indessen nicht nur blos factisch Vortheile und Nachtheile für jene entstehen können, sondern mittelbar „selbst juristisch, wenn sie in besonderen „Rechtsverhältnissen mit den Contrahenten „stehen, auch indirekte für sie Rechtsveränderungen „eintreten. Also nur aus dem Vertrage an und für „sich erwirbt in der Regel der Dritte kein Recht, nicht „blos, wenn im Vertrage seiner gar nicht gedacht ist, „sondern selbst, wenn ausdrücklich für einen „Dritten contrahirt wurde, in welchem „Falle der Vertrag sogar ungiltig „ist und der Dritte überhaupt kein Klagrecht erhält."

Thibaut a. a. O äußert sich auf folgende Art:

„Was die Wirkungen der Verträge betrifft, so ist „es eine Hauptregel, daß nur unter den Contrahenten „Rechtsverhältnisse dadurch begründet werden, daß also „ein Dritter weder dadurch verpflichtet wird, noch sich

---

1) v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts, §. 85.

„daraus Rechte zuschreiben kann, insofern er nicht da„durch dem Paciscenten dasjenige sichert, was dieser „sich bedungen hat. Ein solcher Vertrag zum „Besten eines Dritten ist selbst unter den „Contrahenten ungiltig; doch gilt er in „aller Hinsicht, wenn der Dritte mit den Contrahenten „als Eine Person angesehen werden kann."

Um einestheils dem Vorwurfe zu begegnen, die Ansichten genannter Schriftsteller nicht gehörig aufgefaßt zu haben und anderntheils darzuthun, aus welchen Gesichtspuncten und in welchen Beziehungen die Ausnahmen der von ihnen aufgestellten Regel: daß ein Vertrag zum Vortheil eines Dritten ungiltig sey und selbst unter den Contrahenten keine Giltigkeit habe, — genommen worden sind, sey es gestattet, die für diese Ausnahmen angeführten Gesetzesstellen vorausschicken zu dürfen. Man wird hierdurch die Ueberzeugung gewinnen, daß die weiter unten vorgetragene Ansicht mit der dieser Rechtsgelehrten nicht identisch ist.

v. Wening Ingenheim a. a. O. führt nämlich für die aufgestellte Behauptung, daß aus einem Vertrage entweder factisch, oder selbst juristisch Vortheile für Andere entstehen und Rechtsveränderungen indirekte für sie dann eintreten könnten, wenn sie in besonderen Rechtsverhältnissen mit den Contrahenten stünden — folgende Stellen an:

Fr. 25. §. 1. D. 19, 2.

„Qui fundum fruendum vel habitationem alicui „locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes „vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque „eadem pactione et colono frui et inquilino habi-

„tare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo „ex conducto.“

In dieser Stelle wird demnach gesagt: Wenn Derjenige, welcher ein Grundstück, um Früchte darauf zu ziehen, oder ein Gebäude zum Bewohnen Jemanden vermiethet hat, und er das Grundstück, oder das Gebäude verkaufen will, so müsse der Verkäufer bei dem Kaufvertrag besorgt seyn, daß dem Pachter, beziehungsweise dem Miethsmann, auch bei dem Käufer sein Recht auf Früchtegenuß, oder sein Wohnungsrecht, nicht beeinträchtigt werde, indem er sonst, daran verhindert, mit dem Verkäufer aus seinem mit ihm abgeschlossenen Miethvertrage klagen könnte.

Der Verfasser beabsichtigt demnach, hierdurch das Verhältniß auseinander zu setzen, daß wenn der Eigenthümer des Grundstücks, oder des Gebäudes, bei dem Verkaufe die Fortdauer der zwischen ihm und dem Miethsmanne abgeschlossenen Miethe nicht sichert, so könne, nach dem Grundsatz: „Kauf bricht Miethe“, der Käufer, der mit dem Miether in gar keinem Rechtsverbande steht, diesem aufkündigen. Anders stelle sich aber die Sache, wenn der Verkäufer für das Fortbestehen des zwischen ihm und dem Miether bestehenden Rechtsverhältnisses gesorgt hätte. — Da jedoch aus dem Zusammenhange, in welchem diese Stelle von dem Verfasser allegirt wurde, erhellt, daß dieser Miethsmann ganz als Dritter da stehen solle, so kann der Fall nicht supponirt worden seyn, daß bei dem Verkaufe der Miethsmann selbst mit dem Verkäufer ein weiteres Miethverhältniß verabredet habe, sondern daß die Ununterbrochenheit desselben nur zwischen dem Käufer und Verkäufer vertragsweise festgesetzt worden. Behält man diesen Fall im Auge, so ist das dadurch für den Miether entstehende

Rechtsverhältniß ein sehr entferntes. Auch in diesem Falle kann der Käufer demselben aufkündigen, ohne daß sich dieser auf den Vertrag zwischen jenem und Verkäufer berufen könnte. Nimmt jedoch der Miether seinen Regreß an seinen Vermiether, so entsteht diesem dann auch gegen seinen Kaufcontrahenten aus seinem Vertrage eine Entschädigungsklage — und weil in einem solchen Falle der Käufer in der Regel nichts gewinnen würde, so wird er auch aus diesem Grunde das Fortbestehen der Miethe nicht hindern. — Aus dem Ganzen soll hervorgehen, daß der Verkäufer dadurch, daß er durch Uebereinkunft mit dem Käufer die Rechte des Miethers sichert, nicht eigentlich den Vertrag zum Vortheil eines Dritten schließt, sondern nur sein eigenes Interesse wahrt.

Ganz dasselbe sagt die von dem Verf. weiter angeführte

c. 9. C. 4, 65.

„Emptorem quidem fundi necesse non est stare „colono, qui prior domino locavit: nisi ea lege „emit. Verum si probetur aliquo pacto consen„sisse, ut in eadem conductione maneat, quamvis „sine scripto, bonae fidei judicio (ei) quod pla„cuit parere cogitur.“

Thibaut läßt, wie wir oben gesehen haben, den Vertrag zum Vortheil eines Dritten dann in aller Hinsicht zu Recht bestehen, wenn der Dritte mit dem Contrahenten als Eine Person angesehen werden könne. In welcher Beziehung diese Ausnahme zu verstehen sey, erklären die von dem Vrf. selbst gegebenen Beispiele 1). So soll nach

1) Thibaut l. c. not. (k).

l. un. C. ut act. et ab hered. etc (4, 11)

das Versprechen für den Erben; nach

l. 45. pr. l. 62 de v. o. (45, 1.)

für den Hausvater und Herrn; nach

l. 5. §. 9. de pec. const. (13, 5)

l. ult. C. quando ex facto tut. (5, 39.)

für den Mandans und für Untergebene gelten.

Nur die beiden letzten Gesetzesstellen mögen hier wörtlich eine Stelle erhalten, um alle möglichen Zweifel zu entfernen, als ob sich etwa unsere unten vorzutragende Ansicht in die des Vrf. verliere.

Die erste Stelle sagt:

„Si actori municipium, vel tutori pupilli, vel „curatori furiosi, vel adolescentis, ita constituatum: municipibus solvi, vel pupillo, „vel furioso, vel adolescenti: utilitatis „gratia puta dandam municipibus, vel pupillo, „vel furioso, vel adolescenti utilem actionem."

Die letzt angeführte Stelle sagt:

„Per tutorem pupillo actio, nisi certis ex cau„sis, quaeri non potest."

Aus diesen Citaten geht zur Genüge hervor, unter welchen Voraussetzungen Thibaut den Vertrag inter alios gelten lassen will; denn einmal müsse ein wirklich subordinirtes Verhältniß, wie das zwischen einem Vormunde und Bevormundeten, vorhanden seyn — und dann sollen diese

Stellen noch beweisen, daß dieser (uneigentliche) Dritte eine Klage erhalte.

Diese Ausnahmen, oder vielmehr Modificationen, abgerechnet, stellen nun genannte Rechtslehrer die Regel auf:

„Der Vertrag zum Vortheil eines Drit-
„ten ist ungiltig — selbst unter den Contra-
„henten."

Dieser Behauptung liegt, wie auch die für sie citirten weiter unten zu beleuchtenden, Gesetzesstellen darthun, die Tendenz zu Grunde, daß ein Vertrag nur dann zu Recht bestehen könne, wenn die Contrahenten eigens rechtlich dabei interessirt, also demjenigen, welcher auf Erfüllung des Vertrages Klage erheben wolle, daß erfüllt werde, für seine Person ein Interesse zur Seite stehen müsse. Der Contrahent habe aber, wenn nicht ihm, sondern einem Dritten, erfüllt werden solle, gar kein Interesse. Von Wirkung sey ein solcher Vertrag deshalb nicht, weil auch der an der Erfüllung desselben interessirte Dritte nicht klagen könne, indem das relative Rechtsverhältniß einer obligatio, das er nicht für sich abgeschlossen, auch für ihn als gar nicht vorhanden zu betrachten sey.

Zur schärferen Heraushebung der Verschiedenheit meiner Ansicht stelle ich gegenüber folgende Regel auf:

1) Ein an sich und aus allgemeinen Gründen giltiger Vertrag zum Vortheil eines Dritten hat volle Giltigkeit, auch wenn dessen

Erfüllung [1]) nicht das eigene Interesse (den Nutzen) des Contrahenten, sondern das des Dritten zum Gegenstande hat — und

2) ein solcher Vertrag erzeugt zwischen den Contrahenten eine Klage.

Geht man vorerst von allgemeinen Gesichtspuncten aus und fragt man: was ein Vertrag ist und was derselbe, seinem Wesen nach, bedinge, so antwortet uns ganz einfach

Fr. 1. §. 2 (de pactis) 2, 14.

„Pactio est duorum, pluriumve in idem placi-„tum consensus."

und etwa auch

Fr. 20. D. 5. 1.

„Omnem obligationem pro contractu habendum „existimandum est: ut, alicunque aliquis oblige-„tur (et) contrahi videatur."

An und für sich wird demnach, damit ein giltiger Vertrag vorhanden sey, des Interesses [2]) von Seiten der Contrahenten keiner Erwähnung gethan, sondern nur erfor-

---

1) Das Wort: Erfüllung steht hier mit Vorbedacht, und ist von Erfülltwerden zu unterscheiden, da dieses, streng genommen, und zwar in dem eigenen Sinne des Gesetzgebers, wieder ein eigenes Interesse desjenigen Contrahenten bildet, welcher einen Vertrag zum Vortheil eines Dritten abschließt — und wovon weiter unten.

2) Diese Bezeichnung möge vorerst in ihrer viel umfassenden Bedeutung gebraucht werden dürfen — von der Nothwendigkeit des Vorhandenseyns des Interesses im Allgemeinen wird weiter unten gehandelt werden.

dert, daß sie in das unter ihnen zur Sprache gebrachte Rechtsverhältniß einwilligen. Einwilligung von beiden Seiten ist das Wesen einer Uebereinkunft — und diese ist ein Vertrag. Alles, was außerdem noch erfordert werden sollte, wäre, um den Begriff eines Vertrags an und für sich zu fixiren, überflüssig, zufällig, und bestünde etwa in bloßen Förmlichkeiten.

Sieht man nun auf das positive Recht, mit dem es der practische Jurist zu thun hat, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch eine Förmlichkeit, vom Gesetze geboten, wesentlich ist, wenn es sich um die Giltigkeit und Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts handelt. Es fragt sich deshalb weiter, ob unsere positive Gesetzgebung nicht etwa anderswo zur Giltigkeit eines Vertrags diese Förmlichkeit oder Eigenthümlichkeit (das eigene Interesse) in allen Fällen voraussetze und gebiete?

Diejenigen Rechtslehrer, welche diese Frage bejahend beantworten, berufen sich auf folgende Beweisstellen:

§. 4. 19. J. (de inutilibus stipulationibus) III, 19 (20).

Fr. 38. §. 17. Fr. 126 §. 2. (de verborum obligationibus) 45, 1.

Aus diesen Stellen allgemein giltige Normen für alle Verträge zu ziehen, sollte man, auch von allem Andern abgesehen, schon sehr Bedenken tragen: — diese Stellen reden, wie schon die Titeln zeigen, ex professo — von Stipulationen im engern Sinne.[1]) So wie nun obl. ex

---

1) Daß hier nicht von Stipulationen, als von Verträgen überhaupt, die Rede ist, beweißt klar die ganze Stellung der

stipulatu, außer dem nothwendigen Consense, bekanntlich manche Förmlichkeiten voraussetzten, welche Consensualverträge zu ihrer Giltigkeit nicht bedurften, so hätte man doch auch darüber zweifelhaft seyn können, ob nicht das eigene Interesse des Stipulirenden, welches die Stipulationen zu ihrer Giltigkeit fordern, auch eine nur ihnen eigenthümliche Förmlichkeit sey. Man hätte deshalb und auch aus dem Grunde Bedenken tragen können, die Grundsätze der Stipulationen auf alle Verträge und namentlich, wo es sich von einem Dritten handelt, anzuwenden, weil jene, sollte ihre Abschließung an sich selbst möglich seyn, Gegenwart der Personen erforderten — Eigenthümlichkeiten, welche bei Verträgen anderer Art nicht eintraten.

Allein unsere Beweisgründe beschränken sich nicht auf Wahrscheinlichkeiten und bloße Folgerungen. Die Gesetze erheben die Sache vielmehr zur Gewißheit — und es sind dies dieselben Gesetzesstellen, womit die Gegner ihre Behauptungen belegen. Es sagt

Fr. 38. §. 17. (de verborum oblig.) 45, 1.

„Alteri stipulari nemo potest, praeterquam si „servus domino, filius patri stipuletur: inventae „enim sunt hujusmodi obligationes „ad hoc, ut unus— quisque sibi adquirat, „quo sua interest: caeterum ut alii detur, „nihil interest mea."

Lehre von den Obligationen. In §. 2. lib. 3. J. 14 werden nämlich zuerst die obl. eingetheilt in obl. in re, verbis literis und consensu, und ganz nach dieser Eintheilung werden sie dann auch unter eigenen Titeln abgehandelt.

Ganz dasselbe sagt:

§. 19. J. (de inutilibus stipulationibus) 3, 20.

„Alteri stipulari (ut supra dictum est) nemo „potest Inventae enim sunt hujusmodi „(vel stipulationes) obligationes ad „hoc, ut unusquisque adquirat sibi quod „sua interest etc.

Die hier ausgesprochenen Grundsätze finden wir nun sehr häufig, aber nur wenn von Stipulationen die Rede ist, auch angewendet, und dies ist namentlich der Fall in

§. 4 J. de inutilibus stipulat. (3, 20)

und Fr. 126 §. 2 de verborum obl. (45, 1.)

In jenen Stellen ist uns aber gewiß so deutlich gesagt, als es nur gesagt werden kann, daß das Vorhandenseyn des eigenen Interesses zur Giltigkeit einer obligatio blos eine besondere Eigenthümlichkeit der obl. ex stipulatu sey:— Inventae enim sunt hujusmodi obligationes sagen die Stellen unter Titeln, welche in specie von Stipulationen im engeren Sinne handeln, und der §. 19. J. bezeichnet, zum Verstehen überflüssig, aber zur Verhütung jedmöglichen Mißverstehens des Gesetzgebers, welcher das eigene Interesse nur bei obligationes dieser Art voraussetze, noch mit der Wiederholung: „vel“ (soviel wie sive, scilicet) stipulationes.

Wollte man die Eigenthümlichkeiten der Stipulationen allen Verträgen aneignen, so würde man mit den Grundsätzen, welche bei diesen, als von den Gesetzen ausgesprochen, gelten, sehr in Widerspruch gerathen. Um nur bei

dem oben allegirten Fr. 38 § 17 (45, 1) stehen zu bleiben, müßte man dann consequenterweise auch nur den Vertrag zum Vortheil eines Andern gelten lassen, wenn der Sclave für den Herrn, oder der Sohn für den Vater einen Vertrag abschließt. Und doch behauptet man, diesen Vorschriften entgegen, daß der Vertrag in aller Hinsicht gelte, wenn der Dritte mit den Contrahenten als Eine Person angesehen werden könne, wie z. B. der Curator und Curand, der Tutor und Pupill, sowie ein Versprechen für den Erben rc. Die in Frage stehende Digestenstelle erlaubt dies nicht, indem sie kurz entschieden sagt: „praeterquam si servus domino, filius patri stipuletur". Ebenso müßte man die Verträge, welche wirklich Stumme und Taube, selbst mit der gesetzlich erforderlichen Willens-Freiheit und Willensäußerung, abschließen würden, für ungiltig erklären, wie der §. 7. J. de inutilib. stipul. (3, 20 [1]) bestimmt — und nach §. 22 eod. tit. würde ein Vertrag nicht zu Recht bestehen, welcher die Leistung einer künftig zu erwerbenden Sache zum Gegenstande hätte.

Wäre selbst da, wo von Stipulationen im engeren Sinne die Rede ist, nur des Interesses als solchen Erwähnung geschehen, ohne daß, wie in den angeführten Stellen der Fall ist, ausdrücklich gesagt wäre, dieses Requisit ein den obl. ex stipulatu eigenthümliches sey, so würde man die Ansicht doch nicht theilen dürfen, daß man selbst dann dieses Requisit von den förmlichen Stipulationen übertragen dürfe auf alle anderen Verträge, von welchen wir ja wissen, daß die-

---

1) S. unter andern auch fr. 1. pr. D. 45, 1, de verb. stipul.

selben da schon wirkendes Leben verbreiteten, wo die stipulatio noch keine Seele, der mangelnden Form wegen, erhielt. — Wenn der Jurist auch keine positiv vorgeschriebene Förmlichkeit umgehen darf, so ist er auf der andern Seite doch auch eben so wenig befugt, Förmlichkeiten zu präsumiren und dann willkührlich in die Anwendung aufzunehmen. Die Römer haben uns ihren Begriff von formlosen Verträgen gegeben, und nur ihre gegebenen, in der Natur der Sache selbst gegründeten, Requisite, aber keine doctrinell geschaffenen, sind für uns leitende Normen.

Daß es aber mit simplen Verträgen nicht so strenge, wie mit denen ex stipulatu, gehalten werde, beweisen alle darüber sich verbreitenden Lehren, und nur als hier einschlagendes allgemeines Beispiel stehe

fr. 59 de pactis (2, 14.)

„Per quos adquiri nobis stipulatione potest, „per eosdem etiam pactis conventis meliorem „conditionem nostram fieri posse, placeat."

Stellen wir nun aber die Grundsätze, welche bei Consensual-Contracten gelten, denen der Stipulationen gegenüber, so wird unsere Ausführung gewiß bedeutende Unterstützung erhalten. Wir dürfen nur den tit. 22 (23) J. de consensu obligationibus unserer näheren Prüfung unterwerfen, welcher sagt:

„Consensu fiunt obligationes in emtionibus, „venditionibus, locationibus, conductionibus, so-„cietatibus, mandatis. Ideo autem istis modis „consensu dicitur obligatio contrahi, quia neque „scriptura, neque praesentia omnimodo opus

„est, ac ne dari quidquam necesse est, ut sub-
„stantiam capiat obligatio, sed sufficit eos,
„qui negotium gerunt, consentire. Unde
„inter absentes quoque talia negotia contrahuntur,
„veluti per epistolam aut per nuncium.“

Dieser Titel folgt unmittelbar nach der Darstellung der Lehren förmlicher Obligationen und wiederholt ganz in Kürze die Voraussetzungen der Giltigkeit dieser zu dem Zwecke, daß dieselben bei den obl. ex consensu nicht nöthig seyen: „quia neque scriptura, neque praesentia „omnimodo opus est, ac ne dari quidquam necesse est“, damit die obligatio Existenz erhalten könne: „ut substantiam capiat obligatio“ — es genüge vielmehr vollständig, wenn diejenigen, welche ein Geschäft abschließen, einwilligen: „sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consentire.“ — Es ist von großer Wichtigkeit, daß dieser Titel dieses Letztere ausspricht, nachdem unmittelbar vorher die förmlichen Obligationen und deren rechtliche Erfordernisse umständlich aufgezählt worden waren: — denn wenn unmittelbar hernach uns gesagt wird, daß zu den obl. ex consensu nichts weiter, als Einwilligung, gehöre, dann müssen wir gewiß um so mehr annehmen, daß alles das, was außerdem, d. h. außer dieser Einwilligung, die förmlichen Obligationen zu ihrer Giltigkeit verlangen, nicht Erforderniß der obl. ex consensu seyn solle, als dem Gesetzgeber, der besonderen Reihefolge der Darstellung wegen, diese Erfordernisse noch ganz gegenwärtig seyn mußten. Dem Geiste der Consensualverträge ist alle Solennität als solche fremd, Grundzug derselben ist das, was im Verfolge der allegirte Titel ausspricht:

„Item in his contractibus alter alteri obligatur

„in id, quod alterum alteri ex bono et aequo „praestare oportet (cum alioquin in verborum ob- „ligationibus alius stipuletur, alius promittat."

Wird man nun wohl ex aequo et bono verwerfen, wenn derjenige, welcher sich zufolge eingegangenen Vertrags verbindlich gemacht hat, für einen Andern, etwa sehr hilfsbedürftigen Andern, etwas zu geben, ihm etwas zu thun, was ihm von großem Nutzen seyn und seine unglückliche Lage sehr erleichtern könnte — wenn derjenige auch von seinen Contrahenten gehalten werden könne, sein Versprechen als seine Verbindlichkeit zu erfüllen.

Das Gesetz gibt uns auch hierauf ganz entscheidende Antwort:

Fr. 7. D. 18. 7. de serv. exportandis vel si ita mancipium venierit, ut manumittatur vel contra.

„Servus ea lege veniit, ne in Italia esset, quodsi „aliter factum esset, convenit citra stipulationem, „ut poenam praestaret emtor, vix est, ut eo no- „mine vindictae ratione venditor agere possit, „acturus utiliter, si non servata lege in poenam, „quam alii promisit, inciderit. Huic consequens „erit, ut hactenus agere possit, quatenus alii „praestare cogitur; quidquid enim excedit, poena, „non rei persecutio est. Quodsi, ne poenae causa „exportaretur, convenit, etiam affectionis „ratione recte agetur. Nec videntur haec „inter se contraria esse, quum beneficio affici „hominem intersit hominis, enimvero poenae „non irrogatae indignatio solam duritiam continet."

Diese Stelle allein würde vollkommen ausreichen, die Richtigkeit unserer Ansicht zu belegen, da sie die in Rede stehende Frage nicht nur entscheidet, sondern auch diese Entscheidung in dem oben aufgestellten Sinne motivirt. Sie sagt, daß wenn zum Vortheil eines Sclaven verabredet worden, daß dessen Wegschaffung nicht geschehen solle, so könne, aus bloßer Zuneigung zu ihm mittelst einer Klage die Erfüllung dieses Vertrags geltend gemacht werden — (affectionis ratione recte agetur). Darin liege gar kein Widerspruch, daß einem Menschen daran gelegen seyn könne, daß seinem Mitmenschen eine Wohlthat zu Theil werde (quum beneficio affici hominem intersit hominis). — In dem Gesetze ist sonach der Grund (Zuneigung, Vorliebe) und der Zweck (eine Wohlthat) und ein Dritter — und dieser Dritte ein Sclave — angegeben worden, und dieser Vertrag soll vollkommen giltig seyn, auch mit einer Klage aufrecht erhalten werden können. Bei jedem Vertrage, welcher zum Vortheil eines Dritten abgeschlossen wird, finden sich die angegebenen gesetzlichen Momente — warum will man deren Giltigkeit, beziehungsweise deren Anwendbarkeit und Wirksamkeit läugnen? Das Gesetz will das Interesse hier in der Wohlthat finden, warum verabredet man die Giltigkeit eines Vertrags, welcher einzig und allein die Wohlthat zum Gegenstande hat? Die Annahme könnte nur eine willkührliche genannt werden, wenn man hiernach die rechtliche Entstehung eines Vertrags noch davon abhängig machen wollte, daß uns als Contrahenten auch die Folgen, die Wirkungen des Vertrages — gleichsam der materielle Genuß desselben — zu Gute kommen müßten. Zwar mag in der Darstellung des Privatrechts dieser Genuß, welchen die Römer mit: „utilitas“ bezeichnen

Fr. 1. §. 2. (de justitia et jure) 1, 1.

„Hujus studii duae sunt positiones, publicum „et privatum. Publicum jus est, quod ad statum „rei Romanae spectat, privatum, quod ad sin- „gulorum utilitatem; sunt enim quaedam „publice utilia, quaedam privatim" —

weil in der Regel unsere Privathandlungen sich auf Vermögensrechte im engeren Sinne beziehen, als Regel in die Definition aufgenommen werden; allein das R. R. schließt, wie wir oben gesehen haben, vom Privatrecht nicht den Antheil, den wir an dem Wohl unseres Mitmenschen nehmen, aus, vielmehr bezeichnet es ihn als — und zwar als zu respectirenden — Ausfluß unseres Privatinteresses; — sowie überhaupt, namentlich das neuere, R. R. die Anforderungen der Humanität, soweit es nur immerhin die Denkweise der Römer zuläßt, hört, und der Kaiser, wie er uns an so vielen Orten sagt, gerade in der Vereinigung der Moral mit dem Rechte die schönste Lösung der Aufgabe seiner Zeit findet.

Alle möglicherweise noch übrig gebliebenen Zweifel schlagen indessen folgende Stellen nieder; es sey ihnen im Zusammenhang ein Platz vergönnt.

Lib. 3. J. de mandato (tit. 27) [1].

„Mandatum contrahitur quinque modis: sive sua „tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua et tua, „sive aliena tantum: sive sua et aliena, sive „tua et aliena. At si tua tantum gratia mandatum

1) Man vergleiche hiermit auch D. 17, 1. (Mandati vel contra).

„sit, supervacuum est mandatum; et ob id nulla ex „eo obligatio, nec mandati inter vos actio nasci„tur. §. 1. Mandantis (tantum) gratia interve„nit mandatum; veluti si quis tibi mandet, ut ne„gotia ejus gereres, vel ut fundum ei emeres, „vel ut pro eo sponderes. §. 2. Tua gratia et „mandantis: veluti si mandet tibi, ut pecuniam „sub usuris crederes ei, qui in rem ipsius muta„retur; aut si volente te agere cum eo ex fide„jussoris causa, mandet tibi, ut cum reo agas, „periculo mandantis, vel ut ipsius periculo sti„puleres ab eo, quem tibi debuerat. §. 3. Alie„na autem (tantum) causa intervenit manda„tum: veluti si tibi aliquis mandet, ut Titii ne„gotia gereres, vel ut pro Titio sponderes. „§. 4. Sua et aliena: veluti si de communibus „suis et Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel „ut sibi et Titio fundum emeres, vel ut pro eo „et Titio sponderes. §. 5. Tua et aliena: „veluti si tibi mandet, ut Titio sub usuris cre„deres: quia si sine usuris pecuniam crederes, „aliena tantum gratia intercedit mandatum. „§. 6. Tua tantum gratia intervenit mandatum: „veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas in emp„tiones potius praediorum colloces, quam foeneres, „vel ex diverso, ut pecunias tuas foeneres „potius, quam in emptiones praediorum colloces. „Cujus generis mandatum, magis consilium, quam „mandatum est, et ob id non est obligatorium: „quia nemo ex consilio mandanti obligetur, etiamsi „non expediat ei, cui mandabitur: cum liberum „cuique sit apud se explorare, an sibi expediat

„consilium. Itaque si otiosam pecuniam domi te „habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam „emeres, vel eam crederes: quamvis non expediat „eam tibi emisse vel credidisse, non tamen tibi man- „dati tenetur. Et eo haec ita sunt, ut quaesitum „sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut „pecuniam Titio foenerares? sed obtinuit. „Sabini sententia, obligatorium esse in hoc „casu mandatum: quia non aliter Titio cre- „didisses, quam si tibi mandatum esset."

Niemand wird es wohl auffallen, daß die Römer gerade bei dem Mandate sich über den fraglichen Gegenstand so ausführlich verbreiten, denn einmal mußten sie ein solches obligatorisches Verhältniß wählen, welches zu seiner Giltigkeit keine und namentlich nicht solche Bedingungen voraussetzte, deren Abseyn gerade in der Abwesenheit (also in der Person eines Dritten) bestanden: sie wählten den natürlichen Consensual-Contract. Denken wir uns denn überhaupt das Verhältniß, daß Jemand für einen Dritten sich etwas versprechen läßt, so stellt sich dieses Verhältniß hinsichtlich seiner Realisirung immer als ein Mandat, als ein Auftrag, dar: Nachdem nämlich die Uebereinkunft zwischen den beiden Contrahenten zu Stande gekommen ist, also in den Wunsch des Einen der Andere seinen Consens ertheilt hat, so beauftragt ihn jener, sein Versprechen, der Einwilligung gemäß, zu erfüllen. Eine solche Verabredung, sey sie ausdrücklich, oder stillschweigend, geht ja auch immer dem nachfolgenden Auftrag voraus, welchen der Mandans für sich abschließt; nur dann entsteht das Mandat auch hier, wenn der andere Contrahent (der nachherige Mandatar) in die vorhergegangene Verabredung eingewilligt hat. — Der Gesetzgeber konnte sich aber auch endlich aus dem Grunde

bewogen finden, das Mandatsverhältniß zur Erklärung und Anschaulichmachung der aufgeworfenen Frage zu wählen, weil sich durch dieses Rechtsverhältniß Rechtsgeschäfte mancherlei Art bewerkstelligen lassen.

Wir wollen nun auf die angezogene Institutionenstelle zurück gehen und ganz deren Inhalt und deren Gang folgen.

Im Anfang derselben wird uns gesagt, daß ein Mandat auf fünffache Weise zu Stande kommen könne; entweder

1) daß Jemand blos seines Vortheils wegen Dich beauftragt, oder
2) seines und Deinen, oder
3) blos des Vortheils eines Fremden (Dritten) wegen, oder
4) seines und eines Fremden, oder
5) Deines und eines Fremden

Vortheils wegen. Derjenige Auftrag aber, welcher blos Deines Vortheils wegen gegeben werde, sey unnütz; aus einem solchen Auftrag entstehe gar kein obligatorisches Verhältniß und begründe unter den Contrahenten auch nicht die Mandatsklage. Hierauf werden in den §§. 1 und 2 die Fälle abgehandelt, wenn das Mandat entweder blos zum Vortheil des Mandanten, und dann, wenn es zu dieses und des Mandatars Vortheil gereiche. Der §. 3 handelt nun (wie oben unter Num. 3) ganz von unserm Falle. Er sagt: ein Mandat könne auch abgeschlossen werden, welches blos den Vortheil eines Fremden zum Gegenstande habe, und gibt nun erklärend in Beispielen, was unter dem Mandate der Art verstanden werde — man solle sich nämlich nur die Fälle denken: daß **A** mit dem **B** durch Vertrag festsetzten, daß Letzter des Titius Geschäfte besorgen

oder dem Titius ein Grundstück kaufen, oder daß er für Titius gut sagen solle. — Titius, das wird Niemand in Abrede stellen wollen, steht hier ganz als Dritter da; in der Stelle ist, ehe sie die Beispiele gibt, deutlich gesagt, daß ein Mandat zum Vortheil eines Dritten abgeschlossen werden könne — auf welche Art hätte sich der Gesetzgeber klarer für unsere Behauptung aussprechen können? Auch ist es für unsere Frage sehr wichtig, daß gerade bei dem Falle, wo die Stelle uns das vertragsweise Verhältniß zum Vortheil eines Dritten darstellt, dieselben Beispiele gegeben werden, wie wir sie finden in dem Falle, wenn das Mandat den ausschließenden Vortheil des Mandanten zum Gegenstande hat. Die Stelle redet mit keiner Sylbe davon, daß der Mandans **A** etwa Bevollmächtigter des Titius sey — noch weniger ist eine Personeneinheit zwischen diesem und jenem vorhanden. Auch hat der Mandatar **B** keinen Vortheil, denn dies setzt ebenfalls gedachtes Gesetz außer Zweifel in den Worten: **Aliena autem tantum causa intervenit mandatum"** etc., und ohnedieß schließt ja das Mandat allen vorher versprochenen Lohn aus. — Eben so gut, sagt §. 4 cit., könne aber auch ein Vertrag abgeschlossen werden, welcher sowohl den Vortheil des Mandatars, als den des Dritten, bezwecke, und eben so erzählt der §. 5 eine Uebereinkunft, welche zum Nutzen des Mandanten und Dritten gereiche. — Aber, fährt der §. 6 fort, ein Vertrag blos zum Vortheil des Mandatars sey ungiltig; diese Uebereinkunft enthalte auch gar nicht das Rechtsverhältniß, welches man sich unter dem Mandate denke, sie löße sich vielmehr in einen Rath („**consilium**") auf; gleichsam wenn **A** dem **B** den Rath gäbe, daß er sein Geld besser zum Ankauf von Grundstücken verwenden möge, als solches verzinslich auszuleihen, oder — umgekehrt. **B** kann hier diesen guten Rath unbefolgt lassen. Eben so wenig hafte aber

auch der Mandans, wenn er ihn ermahnt haben sollte („hortatus fuerit"), etwa für müßig liegendes Geld eine gewisse Sache zu kaufen, oder es zu verleihen, selbst wenn ihm diese Ermahnung nicht zuträglich gewesen seyn sollte.— Schon ganz anders, wird aber gleich hierauf bemerkt, stelle sich die Sache in rechtlicher Hinsicht, wenn B beauftragt werde, dieses Geld dem Titius (also einem Dritten) gegen Zinsen zu verleihen; hier sey allerdings ein mandatum obligatorium vorhanden. Der Grund des Gesetzgebers ist sehr einfach-consequent: quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset." Der Mandatar hat hier keinen guten Rath mehr zu befolgen, oder unbefolgt zu lassen, es handelt sich nicht mehr blos von seinen eigenen Angelegenheiten, sondern weil er eben disponible Rechte auf eine andere Person — gleichviel welche — übertragen will und er sich dazu gemäß Vertrags verbindlich gemacht hat, so darf sich seine Handlungsweise nicht mehr, wie außer allem Vertragsverhältnisse, in den Gränzen der Willkühr bewegen, sondern sie muß die der Uebereinkunft respectiren.

Aber eben so gut kann in solch einem Falle auch der Mandatar, sollte selbst der mandans auch kein eigenes Interesse gehabt haben, die Aufrechthaltung des obligatorischen Verhältnisses verlangen, zu dessen Behuf ihm die actio contraria zur Seite steht.

Fr. 6. §. 5. D. 17, 1.

„Plane si tibi mandavero, quod tua interest, „nulla erit mandati actio, nisi mea quoque inter-„fuit: aut si non esses facturus, nisi ego man-„dassem (et) si mea non interfuit, tamen „erit mandati actio."

Die Worte: „nisi quoque interfuit“ sollen begreiflich nicht die sonstige Nothwendigkeit des eigenen Interesses, welches der mandans haben müsse, damit ein Mandat vorhanden seyn könne, anzeigen, das Wort: „quoque“ will hier nur andeuten, daß das eigene Interesse des Mandanten den gewöhnlichen Fall bildet, und außerdem soll das aufgestellte Verhältniß von einem bloßen guten Rath geschieden werden, sowie denn überhaupt in vielen anderen Stellen des eigenen Interesses, als Gewinn betrachtet, nicht als etwas Wesentlichem zur Möglichkeit eines Vertrags, sondern nur aus dem Grunde Erwähnung geschieht, um die etwaige Entschädigungsverbindlichkeit, die unter den Contrahenten begründet werden könne, anschaulich zu machen. — Diese Stelle kann übrigens zur vollständigen Erörterung der hier in Rede stehenden Rechtsfrage dienen. Alle Verträge, welche zum Besten eines Dritten abgeschlossen werden, und welche nicht gerade eine obligatio in faciendo zum Gegenstande haben, könnten in der Regel dadurch zu demselben Resultat geführt werden, daß der eine Contrahent (creditor) sich von dem andern (debitor) das Object selbst leisten ließe und dieses dann selbst dem Dritten übergebe; allein dieses bildet nur die Regel und die Verschiedenheit kann unter Umständen nicht blos in der verschiedenen Art der Erfüllung, welche meistens leichter und kürzer und daher gewöhnlich durch die Person, welche zum Vortheil eines Dritten leisten soll, geschieht, liegen, sondern es können unter Umständen solche Verhältnisse vorhanden seyn, daß der Gesetzgeber, auch abgesehen davon, daß er einer unnöthigen und überflüssigen Manipulation das Wort nicht reden wollte, sich aus weisen Gründen bewogen finden konnte, ausdrücklich die Möglichkeit der Leistung durch die Person des verpflichteten Contrahenten zu sanctioniren. Man darf unter den vielen möglichen Fällen sich nur den einzigen den-

ken, daß der Vertrag, welcher zum Vortheil eines Dritten abgeschlossen werden soll, Nebengeschäft eines Hauptvertrags bildet und derjenige Contrahent, durch den die Leistung geschehen soll, diese, weil er entweder sich gar nicht für die Person seines Contrahenten (als creditor) interessirt, oder etwa gar feindlich gegen ihn gesinnt ist, nur dem Dritten, dem er mehr geneigt ist, machen will und nur mit Rücksicht hierauf das Geschäft überhaupt eingeht. — So könnte auch Leichtfertigkeit und daraus entstehende Insolvenz des contrahirenden Creditors, welche die Anstellung einer Klage auf Rückgabe oder Entschädigung als unnütz darstellen könnte, einen Bestimmungsgrund für den andern Theil abgeben, daß er selbst leiste.

Will man aber geradezu ausgesprochen sehen, daß eine obl. zum Vortheil eines Dritten bei fehlendem Interesse der Contrahenten vollgiltig und mit Wirkung abgeschlossen werden könne, so dient

Fr. 6. §. 4. D. 17, 1.

„Si tibi mandavero, quod mea non inter-„est [1]) veluti, ut pro Seio intervenias, vel „ut Titio credas: erit mihi tecum mandati ac-„tio (ut Celsus lib. 7. Digest. scribit).“

Welcher Grund nun sonach auch der Ansicht, daß ein Vertrag zum Vortheil eines Dritten ungiltig sey, unterstellt seyn mag, so muß derselbe nothwendig irrig seyn: — dafür erklärt ihn sowohl der Geist der Gesetzgebung, als auch deren Anwendung auf Fälle, sowie in ausdrücklichen Worten.

---

[1]) Die Erläuterung der Glosse ist nicht Gesetz sie steht aber auch nicht einmal entgegen.

Allein der Vertrag zum Vortheil eines Dritten begründet an und für sich nur Rechtsverhältnisse unter den Contrahenten selbst, der Dritte, welcher den Vertrag nicht abgeschlossen, kann keine Klage auf Erfüllung erheben.[1]) Daher sagen auch die in oben allegirtem tit. 22 de consensu obligationibus angegebenen Worte mit Vorbedacht nur: — — „ut substantiam capiat obligatio“ etc.; denn damit auch die obl. von Wirksamkeit sey, werden allerdings unter Umständen manche positive oder negative Erfordernisse noch vorhanden seyn müssen. Consens und zwar vollgiltiger Consens gibt einer obligatio Daseyn (substantia), aber noch nicht immer eine Klage.

Dies, aber auch nicht mehr, sagt:

Fr 11. D. 44. 7.

„Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu „originem trahunt, nisi ex nostra persona obli„gationis initium sumant, inanem actum nostrum „efficiunt: et ideo neque stipulari, neque emere, „vendere, contrahere, ut alter suo nomine „recte agat, possumus.“

Durch besondere Aufzählung der Fälle: „stipulari et contrahere“ will einestheils diese Stelle darauf hinweisen, daß zwar bei Stipulationen und Pacten hinsichtlich ihrer Giltigkeit und ihren Wirkungen allerdings Verschiedenheiten Statt fänden, daß sie jedoch in diesem Puncte, was nämlich das blos relative Verhältniß einer obligatio anlange, sich gleich ständen. Die Worte: „suo nomine“ bestätigen aber auch die aufgestellte Ansicht der Giltigkeit eines Vertrags an sich; denn es ist nicht gesagt, daß gar keine

---

1) Daß die Regel Modificationen erhalten, ist bekannt. M. vergl. v. Wening-Ingenheim l. c. §§. 52—68, 86 u. 124 ff. — c. 2. C. 45. c 3. C. 8. 55.

Klage erhoben werden könnte; ja wenn dieses damit gesagt werden sollte, so würden die Worte: „suo nomine“ ganz überflüssig da stehen. Der Jurist darf aber nicht unnöthigerweise Worte des Gesetzes als überflüssig betrachten, und er muß um so mehr hier sich für den Sinn bekennen, daß der ursprüngliche Contrahent auf Aufrechthaltung des Vertrages klagen könne, als dieses ihm oft genug durch Anwendung und durch klare Worte gesagt ist.

Eine Bestätigung dieser Grundsätze findet sich sehr häufig, namentlich auch in

Fr. 21. D. 17, 1.

„Cum mandatu alieno pro te fidejusserim, non „possum adversus te habere actionem mandati, „quemadmodum qui alienum mandatum intuitus, „sqopondit: sed si non utique unius, sed utrius„que mandatum intuitus id fecerim, habebo man„dati actionem etiam adversus te; quemadmodum „si duo mihi mandassent, ut tibi crederem, utrum„que haberem obligatum.“

Der Bürge kann nämlich nicht gegen den Hauptschuldner actione mandati auftreten, da jener von diesem für ihn zu bürgen nicht beauftragt worden ist, sondern er ist an seinen Contrahenten gewiesen. Aus dieser ganzen Stelle geht aber auch sehr deutlich hervor, daß wenn auch gar kein Auftrag von Seiten des Dritten (hier des Hauptschuldners) vorliege, also nicht im Entferntesten eine Personeneinheit zwischen Mandans und Mandatar supponirt werden kann, doch der Vertrag an sich Giltigkeit habe. [1])

---

1) Man vergleiche auch als Beispiel Fr. 56. D. 5, 1. Hier ist gar kein Procurator, welcher handelt, die Giltigkeit seiner Handlungen wird aber nach der Ratihabition des dominus eben so gut bei vorhandenem, wie bei fehlendem, Interesse desselben zugegeben werden müssen.

Damit aber ein Vertrag zum Vortheil eines Dritten endlich auch von Wirkung sey — eine von der Giltigkeit derselben ganz verschiedene Frage — so ist erforderlich, daß eben dieser Dritte consentire; denn anders treten die Grundsätze über die Unmöglichkeit der Erfüllung einer obl. ein [1]). Der Dritte, welcher die Erfüllung aus irgend einem

---

1) Unter diesen Grundsatz können noch manche andere gesetzliche Vorschriften gestellt werden, welche der Nothwendigkeit des Vorhandenseyns des Interesses auch bei Consensualverträgen erwähnen. Als Beispiel diene nur

Fr. 8. §. 6. D. 17 1.

„Mandati actio tunc competit, quum coepit inter„esse ejus, qui mandavit, ceterum si nihil interest, „cessit mandati actio; et eatenus competit, quate„nus interest, utputa mandavi tibi, ut fundum emeres. „si intererat mea emi, teneberis, ceterum si eundem „hunc fundum ego ipse emi, vel alius mihi, neque in„terest aliquid, cessat mandati actio. Mandavi ut ne„gotia (mea) gereres, si nihil deperierit, quamvis nemo „gesserit nulla actio est; aut si alius idonee gesserit, „cessat mandati actio. Et in similibus hoc idem erit „probandum."

Hier wird deshalb das Interesse gefodert, damit die obl. einen Gegenstand, oder einen vernünftigen Grund als Zweck habe; es fehlt aber in den erläuternden Beispielen darum an dem Interesse, weil es an dem Gegenstande der obl. überhaupt fehlt; es soll daher keine Klage auf Erfüllung des Vertrags gegeben werden, weil die Erfüllung entweder (wenn auch durch eine andere Person, als der des verpflichteten Contrahenten) wirklich eingetreten ist, oder deren Erfüllung ganz zwecklos seyn würde. Denn das kann keinem Zweifel unterliegen, daß wenn die Erfüllung einer obl. weder einen Zweck, noch einen vernünftigen Grund, noch einen Gegenstand selbst darbietet, um möglich zu werden, somit alles und jedes Interesse an Erfüllung derselben wegfällt —

Grunde nicht geschehen läßt, etwa weil ihm an solcher nichts gelegen, erläßt dem Debitor seine Verbindlichkeit und dieser Nachlaß stellt sich dann wieder als selbstständige Uebereinkunft zwischen diesem und jenem dar. Die obl. ist geendet,

---

dieselbe keine Giltigkeit haben kann. Bei einem Vertrage, welcher den Vortheil eines Dritten bezweckt, fehlt es aber nicht an dem Interesse überhaupt, weil dessen Erfüllung nicht gerade dem Contrahenten zu Gute kommt; auch finden sich sonst keine Gründe der Ungiltigkeit. Es kann uns unter Verhältnissen weit mehr interessiren, wenn einem Andern eine Wohlthat zu Theil wird, als wenn wir selbst ihrer theilhaftig werden, — und wenn man den unmittelbaren Gegenstand einer obl. von dem mittelbaren derselben trennt, so haben wir, wie wir oben gesehen haben, auch ein eigenes Interesse, wenn wir zum Nutzen eines Dritten einen Vertrag abschließen; dasselbe bezieht sich aber dann nur auf den unmittelbaren Gegenstand; wir nehmen in diesem Falle mehr ein — man kann sagen edleres — Interesse an der Zufügung der Wohlthat, als an den Früchten, oder dem Genusse derselben. Eine Unterscheidung zwischen den Ausdrücken: Interesse (dem allgemeineren) und Nutzen (dem Besonderen) würde als bezeichnend deshalb wohl nicht unpassend erscheinen. Das eine bedingt immer das andere, aber nicht umgekehrt: der Nutzen kann nicht ohne Interesse gedacht werden, das Interesse aber ohne Nutzen, der Umfang jenes dehnt sich daher weiter aus, als die Gränzen dieses.

So geschieht wieder aus einem ganz besonderen Grunde in

Fr. 6. D. 18. 7. (de servis exportandis vel si ita mancipium venierit, ut manumittatur vel contra)

einer Stipulation in Betreff einer Sclavin in der Art Erwähnung, daß diese Stipulation unter der Bedingung, daß diese Sclavin nicht frei gelassen werden solle, zu Stande gekommen, ungiltig sey; allein diese Stelle kann gewiß nicht als

da natürlich der ursprüngliche Contrahent als creditor die Erfüllung nicht für sich verlangen kann, indem diese in der Art nicht Gegenstand des Vertrags ist.

Aus diesen und andern Grundsätzen fließen auch die weiteren gesetzlichen Vorschriften, daß durch Vertrag inter alios einem Dritten nicht geschadet werden könne [1]); denn es muß ein solcher Vertrag, welcher auf Vernichtung der Rechte, worüber die Contrahenten nicht verfügen können,

---

Beleg für den seither aufgestellten allgemeinen Grundsatz: daß wenn das eigene Interesse cessire, eine obl. zum Vortheil eines Dritten nicht solle zu Recht bestehen können, gebraucht werden. Ganz abgesehen davon, daß auch in dieser Stelle das Wort stipulatio vorkommt, so ist ja in solcher der besondere Grund der Ungiltigkeit der Stipulation ganz ausdrücklich angegeben:

„nam incredibile est, de actu manumittentis, ac non „potius de effectu beneficii cogitatum."

Diese Stipulation soll daher nicht wegen eines darin bestimmten Vortheils, sondern wegen des festgesetzten Nachtheils aus Rücksichten der Humanität ungiltig seyn.

In dem schon oben besprochenen Fr. 7. eod. findet das Gesagte nur wiederholte Bestätigung, und außerdem werden die allgemeinen Grundsätze über die Giltigkeit einer obl. zur Anwendung gebracht, welcher gleichsam eine causa turpis zu Grunde liegt.

Andere Stellen, welche den eigenen Nutzen zum Requisit der Giltigkeit einer obl. machen, z. B. Fr. 95, 97. D. 45. 1., reden von Stipulationen im engeren Sinn, unter dem Titel: de verborum obligationibus, enthalten daher keine Vorschriften für Consensualverträge.

[1]) Man sehe z. B. lib. VII. C. Tit. 19.

einestheils weil er unerlaubte Handlungen zum Gegenstande hat, unerlaubt und ungiltig seyn, anderntheils ohne Wirkung bleiben, weil der Dritte in einen ihn treffenden Nachtheil nicht consentiren wird; wenn also der Dritte in Nachtheil kommt, so stellt sich dieser immer als Folge seines Willens dar.

Besteht aber nun, wie wir gesehen haben, wenn zum Vortheile eines Dritten contrahirt wurde, wirklich ein Rechtsverband unter den Contrahenten, so kann selbst diesem Dritten, zwar regelmäßig nicht aus dem Vertrage, aber doch auf dem Wege der Cession, eine Klage gegeben werden — und er erscheint dann als procurator in rem suam.

Zum Schlusse mag noch angeführt werden, daß, wollte man das eigene Interesse, dieses als Gewinn betrachtet, für etwas Wesentliches zum Bestehen einer obl. halten, viele positive Institute, an deren Giltigkeit Niemand zweifelt entweder ganz hinwegfallen, oder ganz andere Gestalten erhalten müßten. Die Lehren von der negotiorum gestio, die Grundsätze, welche von Bedingungen, dem modus, den Legaten ꝛc. gelten, würden dann sehr beschränkt werden müssen. — Es würde um so weniger endlich ein Vertrag gelten, wenn derjenige, welcher Klage erheben wollte, sogar ex propriis gegeben hätte: z. B. A beauftragt den B, daß dieser von jenes Landgut irgend eine Sache dem X, der weit in die Welt zu gehen beabsichtigt, um nie wieder zurückzukehren, überbringen solle. Würde man in diesem Falle dem A keine Klage gegen B, obgleich dieser gar kein Interesse und erster sogar an seinem Vermögen positiven Schaden leidet, geben wollen? — Wie oft nur wird von unseren Gesetzen der Fall als sehr practisch erwähnt: daß A dem B eine Sache gibt, damit er dieselbe dem C

restituire 1). Welche andere, gerade entgegengesetzte, Grundsätze in einem solchen Falle wieder die subtilen Stipulationen aufstellen, zergliedert

Fr. 9. §. 4. D. 12, 1.

„Numeravit tibi decem, et haec alii stipulatus sum: nulla est stipulatio. An condicere decem per hanc actionem possim, quasi duobus contractibus intervenientibus: uno, qui re factus est, id est numeratione: alioqui verbis, id est, inutiliter, quoniam alii stipulari non potui; Et puto posse."

Der Geber soll hier nicht klagen können, wenn durch eine stipulatio dahin übereingekommen ist, daß das Gegebene einem andern gegeben werden solle — wenigstens hat er aus der stipulatio an und für sich keine Klage, und das ganze Geschäft ist aus dem Grunde ungiltig — nur aus dem Grunde entsteht ein Rechtsgeschäft mit practischen Folgen, weil noch ein anderer Umstand, eine von der stipulatio unabhängige causa — der begründete Real-Contract — dem Vertrag Giltgikeit verschafft hat.

Das Resultat der vorgetragenen Ansicht drängt sich in folgende Principien zusammen:

1) Da, bei dem Wegfallen der Stipulationen, alle Verträge, so weit es die causa betrifft, schon aus dem bloßen Consense Giltigkeit erhalten: so ist auch ein

1) c. 3 C. 8, 55. Fr. 2. §. 3, 7. D. 39, 5. Fr 18. §. 1. D. 39, 5. c. 2. C. 4. 6. c. 6. C. 4, 64. c. 2. C. 6. 45. c. 3. C. 55.

jeder an und für sich und aus allgemeinen Gründen nicht verwerflicher Vertrag zum Vortheil eines Dritten gültig;

2) es entstehen direct aus ihm bindende Rechtsverhältnisse unter den Contrahenten;

3) er ist von Wirksamkeit, wenn der Dritte consentirt und

4) dieser Dritte erhält auf dem Wege der Cession selbst eine Klage.

Ueber intellectuelle Urheberschaft und den Beweis derselben.

In unsern Compendien und Handbüchern über Criminalrecht[1]) wird der Lehre über intellectuelle Urheberschaft, ganz abgesondert von andern, hierhin einschlagenden, Rechtsmaterien, in der Art eine besondere Stelle angewiesen, daß man den intellectuellen Urheber im Gegensatze des physischen abhandelt und unter Umständen jenen oft für strafbarer [2]) als diesen, darstellt.

Unter einem intellectuellen Urheber verstehen unsere Criminalisten, dem Wesen nach, durchgängig ein solches Subject, welches ein anderes dazu bestimmt, sonach in ihm einen früher noch nicht vorhandenen Willen rege macht, ein bestimmtes Verbrechen zur Ausführung zu bringen.

---

1) Vergl. v. Grolman Grundsätze über Criminal-Rechtswissenschaft §. 33 f. v. Feuerbach Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinl. Rechts. Tittmann Handbuch der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafgesetzgebung. Henke Handbuch des Criminalrechts u. der Criminalpolitik — und viele Andere, deren Kenntniß wohl vorausgesetzt werden darf.

2) Man sehe unter andern Tittmann a. a. O.

Eine Aeußerung geistiger Thätigkeit in dem einen Subjecte, welche die Ursache enthalten kann, daß das nachgefolgte Verbrechen durch ein anderes Subject (physischen Urheber) zur Ausführung gebracht worden ist, kann nach ihnen [1]) als Bestimmungsgrund [2]) des physischen Urhebers

---

1) Jedoch stellt schon Mittermaier: über Begriff, Arten und Strafbarkeit des Urhebers Bd. III. den Satz auf, daß der Auftrag für sich allein niemals einen ausreichenden Bestimmungsgrund für den Willen des physischen Urhebers abgeben könne. Weiter unten wird man hierauf kurz zurückkommen.

2) Daß ein solcher Bestimmungsgrund nicht fehlen darf, ist längst anerkannt. Man vergl. namentlich Henke, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik Th. I. Bd. I. Abth. 3. Cap. 2 S. 266 ff. u. A. Wenn aber dieser Schriftsteller, als sich von selbst verstehend, behauptet, daß in dem Auftrage ein hinreichender Bestimmungsgrund für den Thäter enthalten seyn müsse, um geistige Schöpfung der That auch juristisch annehmen zu dürfen, so mag wohl nicht gehörig gewürdigt worden seyn, daß es kein Erkennungsmerkmal gibt, um den Prozeß, der nur im Innern des Menschen zum Resultat gelangt, wahrnehmen zu können — und wenn weiter (S. 270 f.) in Beziehung auf Rathertheilung gesagt wird, daß Fälle vorkommen könnten, in welchen selbst ein ohne fremdes Zuthun entstandenener verbrecherischer Gedanke durch eines Andern Zureden, durch die Darstellung der Vortheile des Verbrechens, durch die Verkleinerung der Schwierigkeiten und der Gefahr, die mit Begehung desselben verknüpft seyen, durch die Angabe der tauglichsten Mittel zur Ausführung erst gereift und zu einem festen Entschluß erhoben werden könnten, so hat man dagegen nichts einzuwenden, daß Fälle der Art vorkommen können und gewiß vorgekommen sind; wenn aber, um dieser Ansicht practisches Interesse zu geben, weiter gefolgert wird, daß bei der Frage, ob intellectuelle Urheberschaft annehmen zu können, es völlig einerlei sey, ob in dem Thäter (physischen Urheber) selbst schon vor dem Zusammentreffen mit dem Rather-

angesehen werden, dieser sonach durch Befehl, Bitte, Rath, Drohung, oder Auftrag, durch Zusicherung oder Ertheilung eines Lohnes zur Begehung des fraglichen Verbrechens bestimmt worden seyn, wobei man jedoch den Fall ausnimmt, daß durch stillschweigenden Auftrag niemand Miturheber werden könne [1]). Man nimmt in diesem Falle

theiler ein Gedanke an das Verbrechen aufgekeimt war, oder ob dieser erst durch des Andern Einflüsterungen hervorgerufen worden sey, so kann man hierin nur die nothwendige Wahl eines Auskunftsmittels erblicken, um, die Schwierigkeit des juristischen Beweises obiger Unterstellung wohl erkennend, die aufgestellte Behauptung festzuhalten. Daß in den angeführten Beispielen geistiger Thätigkeit Wahrscheinlichkeit erfolgten Einflusses begründet werden könne, wird nicht geläugnet. — Allein wenn dieser geachtete Schriftsteller, bei Gelegenheit eines S. 287 u. 88 erzählten Falles, die Dirne, obgleich constatirt, mit dem Sohne öfters von Ermordung seines Vaters gesprochen zu haben, nicht als intellectuelle Urheberin betrachtet, weil, wie ganz richtig bemerkt wird, es nicht ausgemacht ist, daß sie ihren Geliebten erst zum Morde bestimmt habe, so setzt sich derselbe in Widerspruche mit sich selbst. Auch unterstellt, daß sie den Sohn nicht aufgefodert habe, mit eigner Hand den Vater zu ermorden, so wird doch gewiß schon durch die bloße Proposition zu dieser That, zumal wenn man das der Begehung derselben widerstrebende Gefühl des Kindes berücksichtigt, eine Vermuthung oder Wahrscheinlichkeit begründet, daß hierdurch zuerst in dem Sohne der Wille, daß die That geschehe, erzeugt und er dann zur Verübung derselben bestimmt worden ist. Will man aus dem Daseyn besonderer Verhältnisse juristischen Beweis der intell. Urheberschaft construiren können — warum nicht hier? — dieß hält man für sehr gewagt, und glaubt dennoch, Vertheidiger der seitherigen Theorie zu seyn?

1) S. v. Grolman a. a. O. §. 33. Note c) und die daselbst allegirten Schriftsteller.

an, daß das eine Subjeckt bestimmender, das andere bestimmter Theil sey, und nennt dieses ganze Verhältniß, um zwischen Complott (wo Jeder sich zugleich als bestimmender und bestimmter Theil darstellt) die einseitige oder unvermischte Concurrenz.

Geht man nun von den ersten Principien des Strafrechts aus, in Folge deren ein Verbrechen nur dann anzunehmen ist, wenn alle jene Merkmale einer Handlung vorhanden sind, welche den gesetzlich bestimmten Begriff dieses Verbrechens erschöpfen [2]), sonach wenn alle Requisite vorhanden sind, welche das in Frage stehende Verbrechen gesetzlich erfordert (es mag nun ein Versuch oder ein vollen-

---

Diese Ansicht möchte aber wohl nur für die Regel, nicht unter allen Umständen, sich als richtig behaupten können. Da, wo es Personen Pflicht ist, durch positive Handlungen Verbrechen zu verhüten, wie es z. B dem Vater, dem Kinde gegenüber, obliegt, kann Ersterer durch stillschweigenden Auftrag und Befehl ganz wohl coauctor werden. Wenn z. B. A (der Sohn) zu dem B (dem Vater) sagt, daß er sich von ihm stillschweigend beauftragt halte, und einen Befehl in seinem Stillschweigen erblicke, dieses oder jenes Verbrechen zu begehen, und es durch das Geständniß des Vaters dargethan wird, im Sinne der Unterstellung des Sohnes geschwiegen zu haben; willigt hier der Vater nicht stillschweigend durch Auftrag ein, da er unterläßt, positiv hindernd einzuschreiten? In einem solchen Falle würde gewiß der von Kleinschrod (systematische Entwickelung I.) aufgeworfene Zweifel, daß der physische Urheber ja nicht wissen könne, warum man geschwiegen, gehoben und Miturheberschaft angenommen werden können.

2) Kitka: Beitrag zur Lehre über die Erhebung des Thatbestandes der Verbrechen. Wien 1831.

detes Verbrechen zur rechtlichen Beurtheilung stehen) und ehrt man folgerichtig die Ansichten unserer neueren Criminalisten, wonach Strafbarkeit die Gewißheit, folglich den Beweis, der Schuld bedingt: — so kann auch intellectuelle Urheberschaft nur dann als vorhanden angenommen werden, wenn der Thatbestand derselben vollkommen hergestellt ist.

Wir wollen vorerst den Fall besprechen, daß Jemand einem Andern, ohne Anwendung von Gewalt, den Auftrag ertheilt hat, ein bestimmtes Verbrechen zu begehen, und daß nach ertheiltem Auftrage dieses Verbrechen wirklich begangen worden ist. [1])

Um in diesem Falle rechtlich unterstellen zu können, daß Jemand durch Auftrag intellectueller Urheber geworden, muß bewiesen seyn:

1) daß wirklich von einem bestimmten Individuum ein Auftrag gegeben sey,

2) daß der Mandant in dem Mandatar zuerst den Willen zur Begehung des in Rede stehenden Verbrechens erregt habe [2]), sowie

---

[1]) In Betreff der andern oben aufgeführten Bestimmungsgründe wird man weiter unten reden.

[2]) Dem durch positive Thätigkeit verübten Verbrechen gehen, wenn auch oft zeitlich kaum merkbar getrennt, doch in dem Gange der Idee jedesmal zwei Stadien voraus: einmal der Wille, daß das Verbrechen geschehe und dann der Entschluß, es selbst zu begehen. Die abwechselnde Annäherung und Entfernung derselben begründen den Seelenstreit des Handelnden. Der vollständige Begriff, der ein Subject zum Gegenstande hat, das blos durch geistige Thätigkeit die Ursache des Ver=

3) daß der Auftrag die **bestimmende Ursache** zur Begehung des Verbrechens gewesen sey [2]).

---

brechens gewesen seyn soll, muß daher beide Puncte umfassen, denn Derjenige, welcher ein Individuum, das zwischen Begehung und Unterlassung schon wählt, durch seine Ueberredung entscheidend macht, kann nicht strafbarer, als dieses, er muß vielmehr, gleich schuldig, gleich strafbar seyn. Das oben angeführte Erforderniß, das an und für sich den physischen Urheber nicht strafbar macht, muß daher **hier** in den **Thatbestand** aufgenommen werden, wo es sich darum handelt, daß **der intellectuelle Urheber als solcher strafbarer seyn soll, als jener.** Die wissenschaftlichen Darstellungen haben deshalb auch immer den Fall vor Augen gehabt, daß durch den intellectuellen Urheber in dem beauftragten Subject zuerst der Gedanke zur Verübung des Verbrechens erzeugt wird. Man vergl. namentlich das kürzlich von unserm gefeierten Herrn Geheimenrathe Professor Dr. **Mittermaier** mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen herausgegebene Feuerbach'sche Lehrbuch des peinlichen Rechts, woselbst (§. 46 unter Note 1.) dieser Gelehrte den Begriff des intellectuellen Urhebers so stellt: **Anstifter oder intellectueller Urheber ist nur derjenige, welcher mit rechtswidrigem Vorsatz die Entstehung eines von einem Andern ausgeführten oder versuchten, ursprünglich von diesem nicht beschlossenen, Verbrechens verursacht.** N. Archiv des Criminalr. III. S. 127. Auch gehören hierher: **Wolther** Dissert. de auctor. p. 36. **Rossi** traité III. p. 32. **Simoni** dei delitti II. p. 41. **Carmignani** delle leggi Vol. II. p. 386. **Roßhirt** Lehrbuch des Criminalrechts nach den Quellen des gemeinen deutschen Rechts und mit besonderer Rücksicht auf die Darstellung des römischen Criminalrechts § 30. S. 62. — Anders verhält es sich da, wo das Gesetz beide Momente durch das Daseyn einer bestimmten Thatsache als vorhanden anzunehmen gebie-

Zuerst wenn diese 3 Momente vollständig bewiesen sind, ist der Thatbestand der intellectuellen Urheberschaft constatirt.

Was die juristische Gewißheit unter Num. 1 anlangt, so ist solche durch mancherlei Beweismittel herzustellen, namentlich kann solche durch Zeugenaussagen, sowie durch das eigne Geständniß des Auftraggebers, bewerkstelligt werden.

Der Beweis der Requisite unter 2 und 3 ist jedoch nicht zu erbringen.

Zur Anschaulichmachung und näheren Begründung dieser Behauptung unterwerfen wir am zweckgemäßesten die im Criminalprozeß geltenden, kurz anzudeutenden Beweismittel einzeln der genaueren Prüfung und verfolgen dieselben bis zu ihren endlichen Resultaten.

I. Zeugenaussagen.

Durch Zeugen kann allerdings, wie schon oben bemerkt, die Thatsache bewiesen werden, daß Auftrag zur Begehung des Verbrechens gegeben worden sey und der Beweis dieser Thatsache die Annahme eines Versuchs der intellectuellen Urheberschaft rechtfertigen; auch kann durch sie ermittelt werden, daß das Mandat früher Statt gefunden hat, als das

---

tet: — anders daher bei Anwendung von Zwangsmitteln, wovon weiter unten gehandelt wird.

2) S. Kleinschrod's systemat. Entwickelung Th. I. §. 192 und die hier aufgezeichneten Schriften.

Verbrechen verübt worden ist. Durch ihre Aussagen kann aber nicht dargethan werden, daß der Mandatar nicht schon früher das Verbrechen begehen zu wollen, entschlossen gewesen sey; ja es kann durch sie nicht einmal constatirt werden, daß der Beauftragte durch das Mandat eine Aufforderung mehr erhalten habe, das schon möglicherweise früher von ihm beschlossene Verbrechen zu begehen — dies aus dem einfachen Grunde nicht, weil Zeugenaussagen als solche nur dann auf juristischen Werth Anspruch machen können, wenn dieselben sinnliche Wahrnehmungen zum Gegenstande haben, und Zeugen ihre Natur als solche ablegen würden, wenn sie ihre Aussagen aus dem Bereiche der Schlüsse und Vermuthungen entlehnen wollten.

Brauchbar als Beweismittel würden Zeugen in einem solchen Falle nur dann seyn können, wenn sie gerade das Gegentheil beurkunden sollten, wenn durch sie sonach dargethan werden sollte, daß der Beauftragte schon vorher, als ihm Auftrag geworden, den Entschluß zur Begehung der unerlaubten Handlung gefaßt gehabt habe; denn eine Wissenschaft über diese Thatsache konnten sie auf mannigfache Weise, namentlich durch eine Erklärung des physischen Urhebers, welche ihnen früher gemacht worden, als der Auftrag erfolgt, erlangen.

II. Urkunden.

Von der Beweisführung durch Urkunden gilt dasselbe, was bei der durch Zeugen ausgeführt wurde.

Nur können außerdem noch Urkunden ein Geständniß des Auftraggebers selbst enthalten; dieser Fall kann daher

füglich bei Prüfung des Beweismittels durch Geständniß desselben mitbeleuchtet werden.

III. Aussage des Mandatars.

Durch die Versicherung des Mandatars, wenn solche nicht anderweit unterstützt wird, kann nicht einmal dargethan werden, daß ein Auftrag gegeben worden sey; noch weniger darf die Wahrheit seiner Behauptung, durch den Mandanten zu dem Verbrechen determinirt worden zu seyn, dem richterlichen Urtheil zu Grund gelegt werden.

Glaubwürdigkeit hat der physische Urheber nur in so weit anzusprechen, als die Aussagen Mitschuldiger gegeneinander überhaupt beweisen; seine Versicherung kann sich daher höchstens nur bis zu dem Grade einer Anzeige erheben.

IV. Sachverständige.

Da es außerhalb der Gränzen menschlichen Vermögens liegt, den Gedanken, so lange sich derselbe nicht äußerlich zu erkennen gibt und den Zeitpunkt, wann solcher vor andern seine Existenz erhalten, zu erforschen, und Sachverständige (bei bewiesener Thatsache des Auftrags) nicht im Stande sind, zu beurtheilen, welchen Einfluß das Mandat auf den Mandatar geäußert, ob sonach Determination Statt gefunden, oder nicht, so können auch ihre Urtheile niemals Beweis erbringen, oder vielmehr, es können dieselben nicht einmal Urtheile abgeben.

V. Indicien.

Zu bezweifeln ist es nicht, daß sich auf verschiedene Weise Anzeigen denken lassen, welche eine Vermuthung begründen können, daß der physische Urheber zuerst in Folge des Auftrags zur Begehung des Verbrechens bestimmt worden sey; allein ein Indicienbeweis, welcher oben genannte drei Momente außer Zweifel setzte, läßt sich eben so wenig führen, wie durch die bereits gedachten Beweismittel.[1])

VI. Geständniß des Auftraggebers.

So große Bedeutung auch das Geständniß als Beweismittel im Criminalverfahren mit Recht in Anspruch nimmt — so wenige Bedeutung hat es in dem hier besprochenen Falle, da es sich nur auf die Rangstufe einer Zeugenaussage erheben und überhaupt, so weit es sich um dessen factische Begründung und den Werth juridischer Schlußfolgerungen aus demselben handelt, nur aus demselben Gesichtspunkte der Brauchbarkeit, wie jene, betrachtet werden kann.

---

1) Sehr beachtenswerth unter den neueren Schriften über den Werth des Indicienbeweises sind: Ernst Langfeldt, Kritik des sogenannten Indicienbeweises im Untersuchungsprozesse. — Ludwig Franz Gottlieb Knorr, Großh. Hess. Hofgerichtsrath in Gießen: Beitrag zu dem Beweise der fortdauernden Gültigtigkeit des Art. 22 der peinlichen Gerichtsordnung mit specieller Berücksichtigung der in neuester Zeit dagegen vorgebrachten Gründe, Archiv des Criminalrechts, neue Folge, Jahrgang 1840, erstes Stück Nr. III.

Der Auftraggeber kann eben so wenig, wie Zeugen, mit Gewißheit sagen, ob der Beauftragte nicht schon früher den Entschluß zur Begehung des Verbrechens gefaßt gehabt habe und ob das Mandat wirklich in der Art determinirend gewesen sey, daß es im nothwendigen Causalzusammenhange mit der nachgefolgten That [1]) gestanden habe.

---

1) Daß in diesen Blättern von der usurpirten Licenz, That und Handlung als gleichbedeutend zu nehmen, Gebrauch gemacht worden, wird nicht verargt werden; ebenso hat man unter Handlung die Willensthätigkeit überhaupt, sie mag sich positiv oder negativ äußern, verstanden. — Die Unanwendbarkeit der intellectuellen Urheberschaft durch Auftrag stellt sich in Bezug auf die s. g. Unterlassungs Verbrechen noch klarer, wenn auch nicht mehr beweisbar, heraus, als bei den Verbrechen durch positive Thätigkeit. Wenn A den B, welcher von einem begangenen Münzverbrechen weis, beauftragt, solches zu verschweigen — wer wird der Richter seyn wollen, welcher seinem Urtheile die Annahme zu Grunde legt, daß das fortgesetzte Stillschweigen des B, früher Folge seines eignen Willens, nunmehr Willensfolge des A geworden sey? — So gut hier B aus eignem Antriebe nicht positiv handeln kann, eben so gut kann es möglich seyn, daß B, beauftragt von A, eine verbrecherisch positive Handlung aus eignem Antriebe vornimmt. — Das Geständniß des Mandanten erbringt öfters nicht einmal Wahrscheinlichkeit der intellectuellen Urheberschaft: nicht immer da, wo Gründe der Bestimmung angezeigt sind, fehlen Gründe zur Annahme selbstständiger Bestimmung, oder sind Gründe für das Gegentheil vorhanden. Wer möchte — selbst bei vorliegenden Bezüchtigungen und Geständnissen — in der Untersuchung gegen Amalia, Gräfin von Uregg, geb. v. Essor, Conrad v. Essor und Julie v. Essor aus Uregg und Anton Osterfeld aus Neuperg die Person bezeichnen wollen, welche die andere zuerst zur Ermordung des Grafen von Uregg bestimmt habe? S. merkwürdige Criminalrechtsfälle von Dr. Bischoff. Bd. I. S. 142 — 211.

Das Geständniß verdient diesen Namen nur in so weit, als es den wirklich geschehenen Auftrag zum Gegenstande hat, wodurch allerdings ein Versuch der intellectuellen Urheberschaft constatirt werden kann, in Betreff der beiden andern Puncte kann es nur Aussage eines Dritten seyn, welche sich über facta aliena verbreitet.

Die Versicherung des Mandanten, daß der Wille zur Verübung des Verbrechens schon vor gegebenem Auftrag bei dem Mandatar vorhanden gewesen wäre, kann, wenn diese Versicherung nicht anderweit Unterstützung erhält, allein genommen, nichts beweisen; allein es tritt, ganz anders als da, wo gegen den Auftraggeber durch den Mandatar bewiesen werden soll, der eigne Fall ein, daß bei der Beweisführung die Aussage des Ersteren möglicher Weise von Relevanz seyn kann, indem durch sie wenigstens der Beweis gegen den Mandatar unterstützt zu werden vermag.

Während auf verschiedene Weise der Mandant die Kenntniß über die positive Thatsache erlangen konnte, daß der Mandatar vor ertheiltem Auftrage das Verbrechen zu begehen, entschlossen gewesen, ist ihm die Möglichkeit entzogen, über die Negative dieses Factums sich Kunde zu verschaffen; eben so wenig kann er, die Möglichkeit des Gegentheils ausschließend, behaupten und wissen, daß der Auftrag das principium agens, sonach das alleinige Motiv zur verbrecherischen Handlung, gewesen sey.[1]) Des Mandatars

---

1) Wenn zu des X Ermordung A den B beauftragt und dieser nur zur Erreichung selbstständiger Zwecke sich zur That entschließt, etwa um den X hierbei zu berauben oder um sich hierdurch eine Erbschaft zuzuwenden — kann der Auftrag dann die Triebfe=

Aussage, daß er, vor ertheiltem Auftrage, das Verbrechen zu begehen, entschlossen gewesen, verdient vollen Glauben, da juristisch dieser Annahme nichts entgegen steht, und namentlich diese Aussage über eigene Handlungen sich ausspricht — während der Auftraggeber diese Behauptung, selbst wenn er solches zu seinem Nachtheil wollte, nicht einmal bestreiten und die Kraft des Geständnisses jenes schwächen kann.

Vielleicht möchte dieser Ausführung entgegnet werden, daß der Entschluß zu einer verbrecherischen Handlung nicht vermuthet werden könne, daß vielmehr gegen sie die Vermuthung streite, nach dem bekannten Grundsatze: **quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium.** Allein darauf läßt sich erwidern:

1) daß diese Vermuthung gerade als solche nicht Beweis ist;

2) eine Vermuthung dieser Art wohl dem Angeschuldigten, wenn seine Person allein der Beurtheilung unterliegt, von Vortheil seyn kann, dieser aber niemals auf Unkosten eines Andern gefördert werden darf, indem man sonst sehr inconsequenterweise diesen Grundsatz bei dem einen Individuum anwendete, und bei dem andern, für welches er nicht weniger gilt, läugnete, sonach diesem ein mögliches Unrecht zufügte, um in dem andern ein mögliches Recht zu respectiren. — Ganz an-

---

der der physischen Handlung genannt werden? — Zur Annahme des Vorhandenseyns dieser besonderen Beweggründe, wenn sie nicht erwiesen sind, gibt es allerdings keinen Rechtfertigungsgrund, wenn es sich um die Strafbarkeit des B handelt, aber auch eben so wenig zur Annahme des Nichtvorhandenseyns derselben, wenn die erhöhte Strafbarkeit des A in Frage steht.

ders verhält es sich in dem Verfahren über Mein und Dein: hier widerspricht es der Humanität keineswegs, wenn einer Vermuthung die rechtliche Wirkung beigelegt wird, daß sie bis zu dem Beweise des Gegentheils für wahr gelten soll. In dem Criminalverfahren, wo die wichtigsten Güter in Rede stehen, muß der Richter, sowie für die Ausmittelung der Schuld, so auch ex officio für die Vertheidigung des Angeschuldigten, thätig seyn, sonach entweder die Vermuthung zu entfernen oder dieselbe bis zur Höhe des Beweises zu steigern suchen. 1)

3) Der physische Urheber hat aber auch gerade dadurch, daß er das Verbrechen verübt hat, sich als ein Subject angekündigt, zu dem man sich versehen konnte, daß er auch selbstständig den Entschluß zur Begehung desselben zu fassen fähig war, folglich sich der praesumtio boni viri verlustig gemacht, es steht sonach dieser Vermuthung, wenn auch nicht der Beweis des Gegentheils, doch eine contraire Vermuthung als solche direct gegenüber und hebt jene gänzlich auf.

---

1) Für die Fortdauer des Lebens eines Individuums, welches erwiesen gelebt hat, streitet eine gleiche Vermuthung. Wenn solches nach einer ihm von einem Dritten zugefügten Verletzung, welche an und für sich absolut tödtlich war, entseelt gefunden wurde — kann, dieser Vermuthung wegen, und bis zum Beweis des Gegentheils unterstellt werden, daß dieses Individuum zur Zeit der Verletzung noch gelebt hat? — Wer eine Sache entfremdet, hat gewiß durch diese Wegnahme die Vermuthung gegen sich, solche wieder zurück geben zu wollen — darf der Richter aber den animus rem sibi habendi deshalb für erwiesen ansehen, wenn der animus restituendi nicht constatirt werden sollte? Bei mangelndem Beweise der Requisite fehlt es vielmehr an dem Thatbestand des Verbrechens.

Wir haben hier allein den Fall besprochen, wo ein bloßer Auftrag Statt gefunden und diesem nachfolgend das aufgetragene Verbrechen verübt worden ist — und wenn auch in diesem Falle der Beweis der intellectuellen Urheberschaft nicht geführt werden kann, so ist damit nicht behauptet worden, daß solche niemals constatirt werden könnte. Wenn vielmehr der Auftrag unter Verhältnissen ertheilt ward, daß das nachgefolgte Verbrechen sich wenigstens als juristisch nothwendige Folge darstellt, so muß die Wirkung auch der Ursache zugerechnet werden können, und wenn ausserdem der Gesetzgeber aus bestimmten Ereignissen bestimmte Schlußfolgerungen gezogen haben will: so ist diese Annahme auch für den Juristen bestimmt entschieden. Wenn nämlich der Auftrag, entweder ihm vorausgehend (was sich auch denken läßt), oder gleichzeitig bei Ertheilung desselben unter Anwendung physischen oder psychologischen[1]) Zwangs gegeben worden und dieser von der Art ist, daß er gesetzlich Berücksichtigung erhalten soll, d. h. wenn diejenigen Erfordernisse vorhanden sind, welche den Gegenstand des Zwangs als Wirkung erklären sollen: — dann ist der Auftraggeber als alleiniger, beziehungsweise als Miturheber zu betrachten. Zwar ist auch in diesem, wie in dem Falle, wo ohne solche Einwirkung Auftrag ertheilt wurde, die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß der Mandatar schon vor gegebenem Auftrage und Statt gehabtem Zwange zur Verübung des Verbrechens entschlossen gewesen war, und möglich, daß er solches ohne alle Einwirkung ausgeführt haben würde; allein dennoch ändern diese Einwürfe den aufgestellten Gesichtspunkt nicht — denn

1) Hier nimmt auch Mittermaier a. a. O. intellectuelle Urheberschaft an.

1) so lange der Mandatar nur den Willen gehabt, das Verbrechen zu begehen, ist juristisch Unerlaubtes, sonach Strafbares, nicht vorhanden. Unsere deutsche Strafgesetzgebung setzt den Erfolg als Requisit zum Daseyn eines Verbrechens voraus, und es ist die Wahrscheinlichkeit, daß das Verbrechen wirklich erfolgt sey, nicht größer, als daß es unterblieben wäre.

Allerdings würde jedoch der Beweis, daß der physische Urheber schon früher entschlossen gewesen sey, das Verbrechen zu verüben, die rechtliche Folge haben, daß diese Ermittelung bei der zu erkennenden Strafe berücksichtigt werden müßte, indem hier das Verhältniß der Ursache zur Wirkung an Zusammenhang verlieren kann, und als man das Strafgesetz (nach berichtigten Grundsätzen) so verstehen muß, als habe es den schlimmsten Fall unterstellt. Allein wenn diese Ermittelung nicht geschehen könnte, so fehlt es nicht an dem Thatbestand des Verbrechens, indem zu dessen Constatirung keineswegs der Beweis erfordert wird, daß keine Milderungsgründe vorhanden sind, es vielmehr genügt, wenn die auf diesen Punct sich erstrekte Untersuchung keine solche vermitteln konnte. Bei der rechtlichen Beurtheilung des Zwangs muß ja gerade der Fall zu Grunde gelegt werden, ob er von der Art war, daß ein entgegenstehender Wille überwunden werden konnte.

2) Derjenige, welcher sich zu einer verbrecherischen Handlung entschlossen, und sogar Vorbereitungen, die nicht selbstständige Verbrechen involviren, getroffen, nachher aber freiwillig den Entschluß aufgegeben hat, ist in der Regel nicht strafbar. Aus diesem Gesichtspunkt

ist aber gewiß Derjenige zu beurtheilen, welcher zuerst unter Anwendung von Zwangsmitteln gehandelt hat. Wenn aber auch dies Alles nichts entscheiden sollte, so liegen hier

3) klare Gesetze vor, welche verordnen, daß der Richter mit Rücksicht auf die Art des Zwangs diese oder jene Wirkung unterstellen muß — und objective Gewißheit ist mit juridischer Gewißheit für den Diener des Gesetzes identisch.

Allein diese Gesetze zeigen auch zugleich ganz evident nach, daß die Richtigkeit der oben entwickelten Ansichten über allem Zweifel steht. Denn da, wo ein solcher Zwang angewendet worden, welcher gesetzlich nicht zu beachten ist, soll derjenige, von welchem dieser Zwang ausgegangen, nicht als intellectueller Urheber in Betracht kommen; er kann von daher höchstens nur Miturheber werden. Der Zwang aber, selbst wenn er den geringsten Grad der Nöthigung in sich schließt, enthält doch jedenfalls einen Auftrag und kann niemals bis auf die Stufe, viel weniger unter sie herab, sinken, worauf der Auftrag steht, bei welchem gar kein Zwang angewendet worden ist. — Warum will man geringere Schuldbarkeit mit härteren Uebeln, als größere Schuld, strafen?

Es konnte der Gesetzgeberweisheit jedoch keineswegs entgehen, daß ein Individuum, welches durch geistige Thätigkeit möglicher- ja wahrscheinlicherweise [1]) auf ein anderes

---

[1]) Wie trüglich jedoch auch die Gründe zur Annahme einer bloßen Wahrscheinlichkeit sind, und wie oft diese nur zum Anhalt-

in der Art einwirken könne, daß Verbrechen jeder Art Existens erhielten, aus politisch vollkommen gerechtfertigten Gründen keineswegs straflos ausgehen dürfte, und die Gesetzgebung hat diese Vorsehung wirklich genommen. Wenn

---

puncte der Möglichkeit benutzt werden können, das kann die Wirklichkeit durch viele sichtbare Fälle belegen. Nur einen neuen Beleg hierfür liefert, nach des Verf. Ansicht, die jüngste Zeit in der bekannten Untersuchungssache gegen den Tischler Carl Ludwig Wendt, den Lehrburschen Christian Heeser und den Gesellen Anton Saal zu Rostock wegen Giftmords, Brandstiftung 2c. Würde selbst das Geständniß des C. L. Wendt juristisch glaubwürdig und beweisend genannt werden können, — eine Unterstellung, die man nur zum Zweck der Erörterung unserer Frage auszusprechen wagt — dann würde derselbe doch nur als coauctor in Betreff des Giftmordes und der Brandstiftung zu betrachten seyn; ihn als intellectuellen Urheber dieser Verbrechen zu stempeln, das verbieten schon, abgesehen von allem Andern, die vorhandenen Gegengründe, die als Thatsachen so lange ihren Einfluß behaupten, als sie nicht entfernt worden sind. Man lasse sie den Christian Heeser selbst vortragen: „Seine Aussagen in Hinsicht der Art der Vergiftung seyen wahr, nur sey Wendt eben so unschuldig, als Saal. Sowohl die Vergiftung, als die Brandstiftung, habe er aus seinem eignen Kopfe vollbracht. Dies Bewußtseyn habe ihn auch von der Flucht abgehalten, indem es ihm aufs Herz gefallen sey, daß Wendt dann unschuldig sitzen bleiben werde. Seine Absicht sey auf Vergiftung der Meisterin (Wendts Ehefrau) gerichtet gewesen, weil sie ihm am Sonnabende vorher gedroht habe, daß ihr Mann nach der Rückkehr von Anclam (wohin derselbe gereist war) ihn tüchtig züchtigen solle. Das Gift habe er (Heeser) aus dem Paquet genommen, welches Wendt in die Schieblade auf die Diele gelegt habe, wie von ihm (in einem früheren Verhör) bemerkt worden sey, als jener einmal Gift gegen die Ratzen daraus genommen und auf den Taubenboden gelegt habe. Auch ha-

man nämlich den Ansichten der neueren Criminalisten über die Requisite eines Complotts seine Anerkennung zu Theil

---

be er den Aufbewahrungsort bereits früher gekannt. — Schon den ganzen Sommer über habe er so einen inneren Drang gespürt, Jemanden mit Gift um's Leben zu bringen. Es sey ein unbestimmtes Gefühl gewesen das ihn zu einer solchen That angespornt habe. Eigentlich sey es seine Absicht gewesen, den Meister Wendt zu vergiften, wozu er aber keine rechte Gelegenheit habe finden können, um ihm allein das Gift beizubringen, da er immer mit seiner Frau zusammen den Kaffee getrunken habe. Daß er nachmals die Meisterin vergiftet, dies komme von der erwähnten Drohung. Auch habe dieselbe früher den Meister zur harten Behandlung der Leute aufgewiegelt und den Burschen manchmal schlechteres Essen gegeben." Vergl. Dr. Anton Bauer's Strafrechtsfälle, Bd. I. S. 189 u. 190. — In Betreff der von Heeser in dem Wendt'schen Hause verübten Brandstiftung äußert sich derselbe auf folgende Art: „Der Zweck der Brandstiftung sey gewesen, den Verdacht der Vergiftung auf die Wilhelms (eine Wittwe, welche in dem Wendt'schen Hause wohnte) zu leiten. Wendt habe auf dem obersten Boden zu ihm gesagt, die Herren des Gewettgerichts fingen an, Verdacht auf ihn zu werfen, und sie müßten deßhalb die Sache anders einrichten, und nun geäußert, daß man, um die Wilhelms zu verdächtigen, die Späne anzünden müsse, wenn sie einmal alle ausgegangen seyen, worauf er ihm 2 fl. gegeben habe. Wendt und Saal hätten ihn zur Brandstiftung nicht eigentlich verleitet, sondern er habe sich gleich zur Anlegung des Feuers bereit erkläret. (Das Gericht bemerkt: die Art, wie Heeser diese Angaben gemacht, hätten solchen in mehreren wichtigen Punkten anscheinend den Stempel der Wahrheit gegeben.)" Daselbst Seite 201. — Der später von Seiten Heeser's erfolgte Widerruf dieser Geständnisse mag, wo es sich um seine, namentlich bedeutendere, Strafbarkeit handelt, besonders berücksichtigt wer-

werden läßt, wonach zu dessen Theilhaftigmachung weder die Uebernahme einer activen Rolle, noch Gegenwart bei Ausführung der That [2]), erforderlich ist: — dann findet man für das Mandatsverhältniß völlig ausreichende Bestimmungen.

---

den; diejenige Berücksichtigung aber, welche diese Geständnisse zum Vortheil Wendt's in Anspruch nehmen, kann, des Widerrufs wegen, zum Nachtheil desselben nicht entzogen werden, so lange es hier an juristisch ausreichenden Gründen fehlt. Hätte jedoch Heeser dieses Geständniß gar nicht abgelegt, vielmehr nur den Wendt als Rathgeber bezeichnet — wer hätte denken sollen, daß ein Mensch und zwar aus den angegebenen Motiven zu solch schweren Verbrechen sich entschließen könne? — Der Verf. schrieb dies im Jahr 1836, als ihm diese Untersuchungssache durch das Werk von Herrn Dr. Anton Bauer (Strafrechtsfälle, Bd. I. S. 166 bis 236) bekannt wurde. Es ist zu erfreulich, als daß man übergehen könnte, jetzt anzuführen, daß das Oberappellationsgericht in Rostock durch eine absolutio a tota causa das Resultat dieser Untersuchung endlich fixirt hat. Sachdienlichen Stoff zu weiteren Betrachtungen liefert die Untersuchung gegen Michael Kiener. S. merkwürdige Criminalrechtsfälle, vorgetragen und herausgegeben von Dr. P. J. A. Ritter von Feuerbach, Th. II., insbesondere S. 100 das.

2) A. M. sind Tittmann a. a. O. §. 103 S. 205., Henke l. c. Westphal de cons. et adj. crim. §. 14. 59.

Gemeinrechtlich fehlt es zwar an einem Gesetze, welches die Complotteurs bei allen Verbrechen gleichen Strafen unterwirft; denn weder die römische Gesetzgebung (fr. 4. §. 3. D. vi. bon. rapt. fr. 11. §. 2. D. de poenis), noch die P. G. O. (Art. 148) berechtigen, da diese Stellen nur von einzelen bestimmten Verbrechen reden, zu dieser Annahme. S. Mittermaier zu §. 46 des Lehrbuchs von Feuerbach S. 54 f. in der Note des Herausgebers. Wenn man außerdem den

Eine Aufzählung der möglichen Formen, unter welchen ein Verbrechen nach vorausgegangenem Auftrag verübt worden, wird dieses in's Klare stellen.

Es wären folgende Fälle denkbar und zu unterscheiden:

1) Es ist vollständig bewiesen, daß der Mandatar vor gegebenem Auftrage

a) den Entschluß gehabt habe, das fragliche Verbrechen zu begehen: — dann soll derselbe nach v. Grolman a. a. O. §. 33 Note c, **auctor delicti**, der Auftraggeber nur **socius** seyn können; allein man übersieht hier, daß der Wille, so lange er sich innerhalb der Grenze der Idee hält, juristisch als gar nicht vorhanden betrachtet werden kann. Hat der physische Urheber noch keine solche Handlungen vorgenommen, die an und für sich tue weder

---

Art. 107 P. G. O. vergleicht, worin sie sich ganz deutlich über intellectuelle Urheberschaft bei Gelegenheit des Meineid's verbreitet und den intellectuellen Urheber mit derselben Strafe, wie den Meineidigen, belegt: „Wer solch falsch schwerer mit wissen, fürsetzlich und argklistiglich darzu anrichtet, der leidet gleich peen" — so möchte die Praxis, welche sich so ziemlich allgemein für gleiche Strafbarkeit der Complottanten bei Verbrechen überhaupt entschieden hat, nicht ganz unbedeutende Unterstützung erhalten. Diejenigen aber, welche sich hierzu nicht bekennen, würden in andern, als den gesetzlich bestimmt entschiedenen, Fällen bei bewiesenem und nicht wieder zurückgenommenem Auftrag nur einen Conat der intellectuellen Urheberschaft für consumirt annehmen dürfen und willkührliche Strafen billigen, hierfür auch in dem Art. 22 P. G. O.: „das muß aus eygen bekennen, oder beweisung beschehen vnd nit auf vermutung oder anzeygung" — zusammengehalten mit den Worten des Art. 60: „die kein unschuldiger also sagen und wissen kundt, alsdann ist derselben bekenntnuß onzweiffelich bestendiger weiß zu glauben" &c. eine gewichtige Stütze finden.

als selbstständiges Verbrechen, oder als Versuch zu dem in Rede stehenden, zu beurtheilen sind: dann kann man denselben nicht für strafbarer halten, als den Auftraggeber — Beide sind vielmehr Complottanten. Wollte man der Ansicht v. Grolman's huldigen, dann würde man niemals ein Complottverhältniß constatiren können, da dieses (um es von jenem Fall zu unterscheiden) zu seinem juristischen Daseyn in verschiedenen Personen einen Willen voraussetzen würde, der ganz in einen und denselben Moment fallen müßte, dieses Zusammentreffen (selbst wenn es möglich wäre) nach dem bereits Ausgeführten aber niemals dargethan werden können. Selbst aber auch die Führung dieses Beweises, d. h. die Constatirung dieser Thatsache, unterstellt, so würde sich die Weisheit der Gesetzgebung, welche das Complott durch Strafbarkeit auszeichnet, nicht erklären lassen, hätte sie den Beweggrund dieser besonderen Strafbarkeit in diesem zufälligen Zusammentreffen der verschiedenen Entschlüsse finden wollen; sie würde außerdem von einer Zufälligkeit, nicht von der Größe der Schuld, es abhängig machen, ob alle Theilhaber gleich strafbar seyen, oder der eine mit der schweren Strafe des Urhebers, der andere, ohne daß ihm psychologisch der geringste Grund als Milderung zur Seite stünde, nur mit der eines socius belegt würde.[1])

---

1) Wenn aber v. Grolman in dem Falle, wo die Determination des physischen Urhebers nicht Folge des Auftrags oder Befehls war, mit Recht das Verbrechen der intellectuellen Urheberschaft nicht für constatirt hält, daneben aber auch kein Complottverhältniß annimmt, so irrt er auf der andern Seite gewiß darin, wenn er behauptet, daß der Auftraggeber in

b) Hat der physische Urheber vor ertheiltem Auftrag seinen Willen, das Verbrechen zu begehen, schon durch besondere Vorbereitungen bethätigt und war zu dessen Ausführung die Mitwirkung des Auftraggebers nicht absolut erforderlich: — dann zuerst ist er als **auctor delicti**, der Auftraggeber nur als **socius** strafbar, da der Begriff eines Complotts hier nicht platzgreifend ist, indem dieser eine gemeinschaftliche Beschließung zur Verübung eines noch nicht begonnenen Verbrechens nach dem Geiste der Carolina bedingend voraussetzt.

Diese Ansicht des Gesetzgebers erhält auch in der Psychologie und der Natur der Sache einen Stützpunct, denn der Auftraggeber wird bei schon hinweggeräumten Hindernissen, die der Verübung des Verbrechens entgegenstanden, sich leichter zur Mitbegehung desselben entschließen, als wenn solche noch vorhanden gewesen wären — gegen ihn konnten nicht alle Gegenwirkungen thätig seyn, deren Ueberwindung die Rechtmäßigkeit der Strafe einer von allen Einflüssen frei begangenen unerlaubten Handlung erheischt.

Dieselbe Beurtheilung findet umgekehrt Statt, wenn man die Handlungen Beider austauschen läßt.

c) Der Mandatar konnte nur das Verbrechen unter Beihilfe des Mandanten vollbringen — dann würde die-

---

diesem Falle „nur socius" seyn könne, da doch jedenfalls mit seiner Theilnahme als socius das Verbrechen des Versuchs der intellectuellen Urheberschaft concurriren würde

ser unter Voraussetzung, wo keine Verabredung Statt gefunden, nach der Feuerbach'schen Ansicht, als Hauptgehilfe, hier aber nach den Grundsätzen über das Complott zu beurtheilen seyn.

2) Es liegt in Betreff des physischen Urhebers nicht vollständiger Beweis vor, daß er den Entschluß früher, als ihm der Auftrag ertheilt wurde, gehabt habe, das Verbrechen zu verüben. Dann hat man zu unterscheiden:

a) Es ist gegen denselben so viel bewiesen, daß (wo es die Individualität des Verbrechers und die Natur und Größe des Verbrechens als zuläs-sig erscheinen läßt) auf den Reinigungseid erkannt werden kann — und hier kann es seyn:

α) derselbe schwört den Reinigungseid nicht, dann wird derselbe nach der Praxis für überführt angesehen und mit Rücksicht auf die unter 1, a, b, c, aufgestellten Grundsätze beurtheilt. Nach richtiger Ansicht wird derselbe durch die Weigerung nur noch verdächtiger, als er schon ist.[1])

---

1) Das entgegengesetzte Verfahren, Denjenigen, welchem wegen einer mit Strafe bedrohten Handlung der Reinigungseid zuerkannt worden, mit der auf diese Handlung gesetzten Strafe alsdann zu belegen, wenn nur der Reinigungseid nicht geschworen wird, stößt gegen die ersten Grundsätze des Criminalrechts an, in Folge deren der Staat nur den Schuldigen strafen will und der selbst entgegenstehende Wille des Angeschuldigten den der Gerechtigkeit nicht ändern kann. Wenn jedoch manche Par-

β) Der Auftragnehmer schwört den Reinigungseid wirklich aus. Dann muß, was seine Person anlangt, juristisch als erwiesen angenommen werden, daß er den Entschluß

---

ticulargesetzgebungen bei Vergehen, die nur mit geringen Strafen, insbesondere nur mit solchen das Vermögen betreffenden Nachtheilen geahndet worden, von diesen Principien abweichen, so dürften Fälle aus dem practischen Leben die Nachweisung liefern können, daß diese gesetzlichen Abweichungen auf guten Gründen beruhen und durch die Criminalpolitik vollkommen gerechtfertigt werden. — Dagegen fehlt nicht selten die Praxis in der Art, wie sie die Eidesformel stellt, das materielle Unrecht, welches hierdurch erzeugt wird, ist daher ihre Sünde, welche sie allein zu verantworten hat. Nur diejenigen Momente, welche den Inhalt des Reinigungseides bilden (oder, da dieser gewöhnlich in negativer Form gestellt wird — das Gegentheil der Anschuldigungspuncte) können im Falle seiner Verweigerung als eingestanden betrachtet werden, nicht aber ist wegen dieser Verweigerung allein diejenige strafbare Handlung, in Betreff deren inquirirt worden, als constatirt anzusehen. Wenn Jemand angeschuldigt ist, eine solche Injurie, welche zu ihrer Annahme noch des Beweises bedarf, gegen eine Person während Ausübung ihres öffentlichen Dienstes, begangen, sie etwa angestoßen, vor ihr ausgespieen zu haben ꝛc., der Inculpat die Thatsachen selbst läugnet und weiter in Abrede stellt, den dienstlichen Character der Person gekannt zu haben, diese Unkenntniß auch nicht offenbar als affectirt zu betrachten ist, und wenn die Aussage eines classischen Zeugen darlegt, daß Inculpat die angeschuldigten Handlungen wirklich vorgenommen hat, — und nun der Richter sich begnügt, den Reinigungseid gegen die Thatsache allein zu richten: „daß Inculpat nicht den X angestoßen, nicht vor ihm ausgespieen habe", so würde, wenn dieser Eid nicht geschworen würde, gewiß nicht der Thatbestand einer Injurie und noch weniger der einer öffentlichen Injurie constatirt seyn. — So kommen häufig

zur Verübung des Verbrechens nicht früher, als der Auftrag gegeben wurde, gefaßt gehabt habe. In Betreff des **Auftraggebers** darf aber der Beweis früheren

---

Handlungen vor, welche zu Verübung eines **Unrechts überhaupt**, zu Vergehen der verschiedensten Art, gleich nothwendig sind und welche ihre specielle juridische Begriffsbestimmung von dem Daseyn oder dem Mangel des einen oder anderen Requisites ableiten und denjenigen Gesichtspunct fest stellen, aus welchem sie und in welcher Art sie strafbar, oder auch gar nicht strafbar sind und nur civilrechtliche Folgen nach sich ziehen. Diejenigen unerlaubten Handlungen, welche gegen das Eigenthum gerichtet sind, können die Sache im Beispiel erläutern. Damit ein Diebstahl vorhanden sey, ist, außer Anderem, erforderlich, daß die widerrechtliche contrectatio absichtlich vorgenommen worden, daß sie animo lucri faciendi Statt gefunden und zwar: daß dieser animus **zur Zeit der contrectatio** schon vorhanden gewesen seyn müsse; denn dieser animus soll ja den **Beweggrund** zur contrectatio abgeben und erklären. A ist angeschuldigt, die Uhr des X aus dessen Zimmer gestohlen zu haben. A läugnet die ganze Anschuldigung ab; hiermit läugnet er demnach nicht blos den Diebstahl ab, sondern er stellt zugleich in Abrede, irgend eine unerlaubte Handlung, welche aus dem Entziehen des Eigenthums des X gefolgert werden könnte, begangen zu haben. Die Untersuchung hat zum Resultat, daß dem A der Reinigungseid auferlegt werden kann. Würde dieser in die gewöhnliche Formel eingekleidet werden: „daß A die Uhr nicht aus dem Zimmer des X genommen, geholt, weggetragen, entfremdet, entwendet ꝛc. habe", — und A schwöre den Eid nicht aus, so würde, selbst wenn man den Grundsätzen der laxesten Praxis den weitesten Spielraum einräumen will, doch nur der Thatbestand der Eigenthumsbeeinträchtigung unterstellt und A zur Herausgabe der Uhr, oder deren Werths schuldig erklärt werden können. Zur Annahme eines Diebstahls, als eines größeren und strafbareren Verbrechens, würde die Fassung der Eidesformel keinen Rechtfertigungsgrund

Entschlusses, oder gar der Determination, nicht als erbracht angesehen werden; denn die Aussagen dritter Personen können nur dann beweisend seyn, wenn solche juristische

---

nachweisen können, da durch solche der Thatbestand desselben nichts weniger, als eruirt zu betrachten ist — und wenn auch nicht mehr die Richtigkeit dieser Ansicht, so legt sich doch noch mehr die Bedeutung dieser Frage dar, wenn die Wegnahme der Uhr unter Umständen geschehen und wegen des verweigerten Reinigungseides gefolgert werden müßte, welche — wenn Diebstahl supponirt werden sollte — diesen zum großen, zweiten oder dritten, oder qualificirten und dergleichen stempeln würden. — Allein selbst angenommen, es sagten sogar zwei classische Zeugen aus, gesehen zu haben, daß A die Uhr aus dem Zimmer des X weggenommen, sie später verkauft und das erlößte Geld in seinen Nutzen verwendet habe, so würde dennoch nicht der Thatbestand des Diebstahls hergestellt seyn — dazu würde es immer noch an dem Beweise fehlen, daß in dem Momente, in welchem die Wegnahme Statt gefunden, A den animus lucri faciendi gehabt habe; denn das Gesetz erfordert das Vorhandenseyn dieses inneren Zustandes, nicht blos an und für sich und daß er überhaupt einmal vorhanden gewesen seyn müsse, sondern es erfordert, daß dieser animus zur Zeit der contrectatio schon vorhanden gewesen war und den Beweggrund zu dieser abgegeben habe. (Fr. 3. D. 47. 2. Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia etc.) Dieser erklärte Wille des Gesetzgebers überhebt zwar aller Ausführung und Begründung; wollte jedoch die Praxis nach Gründen fragen, so würde ihr die Psychologie genügend antworten können. Aus moralischem Gesichtspuncte betrachtet, werden wir dem A gewiß ganz verschiedene Stellen anweisen, je nachdem, wie doch möglich ist, er etwa die Uhr in der Absicht, sie zu einem bestimmten Zwecke zu gebrauchen und sie dann dem Eigenthümer wieder zuzustellen, weggenommen, solche später, nachdem der längere Besitz

Glaubwürdigkeit in Anspruch nehmen können; dieß kann aber von einem Subjecte nicht behauptet werden, das einen solchen Verdacht auf sich gezogen hat, daß ihm wegen

derselben die Gränzlinie zwischen Mein und Dein nicht mehr so scharf markirt hervortreten ließ, vielmehr, wie die Erfahrung vielfach lehrt, mehr oder weniger verwischt hatte, wenn selbst nicht aus Noth, sondern sogar aus wahrer Gewinnsucht, veräußert, — als wenn dieser A sich vorher zum Stehlen dieser Uhr entschließt und in dem Augenblick, in welchem er nach derselben die Hand ausstreckt, die eigenthümliche Heiligkeit fremden Eigenthumes mit allen Eindrücken vor Augen, den Kampf mit seinem Rechtsgefühl zu bestehen hat und wirklich besteht. Es genügt keineswegs, wenn man die Requisite, die zum Thatbestand eines Verbrechens absolut erforderlich sind, nur sammelt und gleichsam zusammenträgt, um den Thatbestand dieses Verbrechens als vorhanden annehmen zu können, der Thatbestand ist vielmehr nur dann vorhanden, wenn alle jene Merkmale vorhanden sind, welche den gesetzlich bestimmten Begriff dieses Verbrechens erschöpfen. (Siehe oben) Wer, nachdem er sich in den Besitz einer beweglichen Sache ohne Gewalt gesetzt hat, nachgängig Gewalt gegen die Person des Eigenthümers anwendet, ist nicht Räuber, wer einen Menschen aus culpa tödtet und ihm nach erfolgtem Tode, in der Absicht, um ihn zu tödten, mit kaltem Blute den Hals abschneidet, ist nicht Mörder — und dennoch sind die Erfordernisse, die Raub und Mord zu deren juristischen Daseyn an und für sich bedingen, vorhanden. — Eine andere Beurtheilung hätte darum und aus andern Gründen der Freiknecht Johann Michael Fleischmann aus Heiligenstadt in der wegen Diebstahls gegen ihn eingeleiteten Untersuchung erwarten dürfen, als ihm zu Theil geworden ist in den Strafrechtsfällen von Dr. Anton Bauer, Bd. IV. S. 177 — 196.

Der Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen, übergeben an die zweite Kammer des Großherzogthums

des fraglichen Punctes der Reinigungseid auferlegt werden konnte und dem wegen des nachher von ihm verübten Verbrechens

---

Hessen, Darmstadt, den 22. April 1839 hat im Tit. XLIII. Art. 327 S. 91. den Begriff des Diebstahls dahin festgestellt: „Wer ohne gewaltthätigen Angriff auf die Person, eine fremde bewegliche Sache, von der er weiß, daß er zu ihrer Hinwegnahme kein Recht hat, in seinen Besitz nimmt, um sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen, macht sich des Diebstahls schuldig.“ Hiernach wird der animus lucri faciendi nicht mehr zum Thatbestand gezogen und particularrechtlich eine vielbesprochene Controverse zur Antiquität gemacht. Die strenge Durchführung dieser Bestimmung dürfte jedoch zu großen, und gewiß nicht beabsichtigten Häiten mit juristischer Nothwendigkeit hinführen. Als Object des Diebstahls würde ihr zufolge sich eine jede fremde bewegliche Sache qualificiren, zu deren Hinwegnahme nur kein Recht besteht, wenn auch diese Sache einen noch so geringen, oder gar keinen Werth hat. Es würde daher Derjenige, welcher aus einem Brunnen, an dem ihm kein Recht zusteht, Wasser schöpft, oder nur daraus trinkt, Derjenige, welcher von einem fremden Acker einen ganz werthlosen Stein sich zueignet, um ihn etwa zu wissenschaftlichen Zwecken zu benutzen, oder wer aus einem fremden Hausgarten ohne ausdrückliche Einwilligung des Berechtigten eine gewöhnliche Blume bricht, um sich dieselbe anzueignen, wer das kleinste Stückchen Papier etwa in dem Zimmer seines Freundes, ohne vorgängige besondere Erlaubniß desselben, von der Erde aufhebt und selbst dadurch vortheilhaft benutzt, daß er sein Licht damit anzündet, wer ein Sandkorn, zu dessen Hinwegnahme er kein Zwangsrecht hat, sich aneignet ꝛc., einen wirklichen Diebstahl begehen; denn auf alle diese Fälle, welche noch unendlich zu vermehren sind, wären die deutlichen Worten dieses Artikels vollkommen anwendbar, ohne daß der Nachsatz desselben: „Entwendungen, welche nach den Vorschriften der Forst-, Jagd-, Fischerei- oder Feldruge-Strafordnung bestraft werden, sind nich als Diebstähle zu berachten“ — als entgegenstehend betrachtet werden könnte.

alle Glaubwürdigkeit abgesprochen werden muß.

Es tritt hier noch der besondere Fall ein, daß seine Aussagen nicht einmal nach den Bestimmungen der

P. G. O. Art. 31

beurtheilt, sonach dieselbe nicht einmal eine Anzeige begründen kann, indem hierzu die weiteren Voraussetzungen der

c. 17. C. 9, 2

bei einem Subjecte nicht eintreten können, welches besonders dabei interessirt seyn muß, des Meineids nicht überführt zu werden.

Die wechselseitige Verabredung macht den Mandanten, sowie den Mandatar, in dem unterstellten Falle zu Complottanten, und darnach ist auch ihre Strafbarkeit zu bemessen.

Derselben Beurtheilung unterliegen auch die Fälle:

b) wenn gegen den physischen Urheber zwar einiger, aber nicht so viel Verdacht vorliegt, daß auf den Reinigungseid erkannt werden kann, oder wegen Schwere des Verbrechens derselbe nicht zulässig ist, sowie

3) wenn gegen den physischen Urheber gar kein Verdacht begründet ist, daß er vor ertheiltem Auftrag entschlossen gewesen sey, das Verbrechen zu begehen.

Die Aufstellung dieser Fälle und die Möglichkeit ihrer rechtlichen Entscheidung zeigt hinlänglich nach, daß unsere Gesetzgebung in dieser Hinsicht keineswegs der Vorwurf der Mangelhaftigkeit treffen kann.[1])

---

1) In dem „Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen" ist der gemeinrechtliche Begriff des intellectuellen Urhebers fast unverändert beibehalten worden; die daselbst gegebene Definition hat nur von dem Requisite abstrahirt, daß der physische Urheber durch den intellectuellen Urheber zuerst müsse bestimmt worden seyn. Es heißt (Tit. VI. §. I. Art. 66. S. 20): „Als Urheber eines Verbrechens ist nicht nur derjenige zu bestrafen, welcher dasselbe begangen hat, sondern auch der Anstifter, welcher Ursache des Verbrechens dadurch geworden ist, daß er den Thäter vorsetzlich zu dem Entschlusse, dasselbe zu begehen, bestimmt hat. Dahin gehört, wer absichtlich durch Gewalt, Drohung, Befehl, Auftrag, Geben oder Versprechen eines Lohns, absichtliche Bewirkung oder Benutzung eines Irrthums und dergleichen, den Urheber zur Begehung des Verbrechens bestimmt hat." — Der §. II. Art. 69 S. 21, welcher über das Komplott handelt, gibt durch seine getrennte Behandlung zu erkennen, daß wenn Auftrag, Geben oder Versprechen eines Lohnes Statt gefunden, nicht die Grundsätze über das Complott, vielmehr die über intellectuelle Urheberschaft, zur Anwendung kommen sollen. Da jedoch der Beweis derjenigen Requisite, welche der Entwurf in seine Definition aufgenommen, nach dem Ausgeführten nicht zu erbringen, der Anstifter aber auch nicht als Complottant zu bestrafen ist, so würde gegen ihn der Thatbestand desjenigen Verbrechens, wobei er die Rolle eines s. g. intellectuellen Urhebers gespielt, höchstens nur in so weit hergestellt werden können, als er des Versuchs zu diesen Verbrechen überführt werden könnte. — Dem Gesetzgeber schwebt gewiß mit vollem Grund die Idee vor, daß durch Denjenigen, durch welchen Auftrag rc. ertheilt und daß wenn nachgängig das Verbrechen verübt wurde, der physische Urheber zur Verübung desselben bestimmt worden ist und

Gestützt auf die Doctrin [a]), sieht man jedoch, wie eine Praxis schon bei bewiesenem bloßen Auftrage den

---

daß diese Bestimmung die Ursache des begangenen Verbrechens gewesen war; allein, da nun einmal alle Mittel zur Herstellung des Beweises über diesen Punct nicht ausreichen, so dürfte es sich vielleicht einer Legislation empfehlen, die Bestimmung überhaupt und das Bestimmtwordenseyn als Requisit des Thatbestandes aus der Definition zu streichen und es zur Bestrafung für genügend auszusprechen: wenn Auftrag, Befehl ꝛc. ertheilt worden sey. Die ratio legis würde hierdurch vollständige Genugthuung erhalten, ohne daß es erforderlich wäre, sie als Requisit in den Thatbestand des Verbrechens aufzunehmen.

[a]) Dem Scharfsinne Mittermaier's: über Begriff, Arten und Strafbarkeit des Urhebers Bd. III. konnte daher die Mangelhaftigkeit der Doctrin nicht entgehen, da er, der Erste, es ausspricht: daß Auftrag für sich allein niemals ein hinlänglicher Bestimmungsgrund für den Willen eines Andern zur Begehung eines Verbrechens seyn könne, wovon sich Henke a. a. O. noch nicht überzeugen kann. Jener hat die Lehre der Wahrheit dadurch am Nächsten geführt, daß er bestimmte Gründe fordert, welche die Annahme der Bestimmung zulassen sollen, indem er sagt: „daß dem Mandat entweder ein versteckter Befehl zu Grunde liegt, oder daß ihm eine Drohung künftiger Uebel, welche im Fall der Nichtvollziehung des Auftrags eintreten sollen, oder die Versprechung eines Lohnes hinzugefügt wird, oder daß mit dem Auftrage ein Verführen und Ueberreden durch gewisse lockende Verhältnisse, wodurch eine Person über die andere eine Art von Uebergewicht hat, verbunden ist, z. B. wenn der Knecht mit der Ehefrau seines Herrn in ehebrecherischen Verhältnissen steht und von ihr den Auftrag zum Morde des Gatten bekommt, in welchem Falle der Auftrag theils mit der Drohung, daß im Falle der Nichterfüllung das Verhältniß getrennt werden sollte, theils mit Versprechungen der Ehe und anderer Vortheile und mit verführerischen Liebkosungen verbunden seyn wird.“ — Gewiß liegt aber, das angeführte Beispiel im Auge behalten, juri-

Thatbestand der intellectuellen Urheberschaft für constatirt ansieht, und darauf hin Strafen erkennt.

---

tisch kein Rechtfertigungsgrund vor, um auch hier intellectuelle Urheberschaft von Seiten der Frau anzunehmen, da der Knecht, welchem diese Gunstbezeugungen in einem unerlaubten Verhältnisse gewährt worden, sich der Fortsetzung derselben nach Eingehung der Ehe versichert halten konnte, er sich daher selbstständig und aus eigenem Antriebe zur Begehung des Verbrechens, als Mittel zum Zweck, entschließen konnte — Gründe, deren die Frau jedoch gar nicht bedarf, da sie fordern kann, daß vollständig gegen sie bewiesen werden müsse.

Ist die vom Beklagten vorgeschützte Resolutivbedingung immer als wahre Einrede zu betrachten?

Während Danz[1]) behauptet, der Kläger sey verpflichtet, das Geständniß des Beklagten entweder in seinem ganzen Umfange anzunehmen, oder dasselbe in seinem ganzen Umfange zu verwerfen, er müsse Alles beweisen, was zur Begründung der Klage ꝛc. gehöre, auch den zugestandenen Theil mit, und auch Weber[2]) lehrt: „daß wenn Kläger auf Erfüllung des Vertrags klagt und der Beklagte, den Vertrag geschlossen zu haben, gesteht, jedoch dabei be=

1) Grundsätze des ordentlichen Prozesses §. 297.

2) Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung S. 334 Note 147.

hauptet, er habe sich nur unter Bedingung verbindlich gemacht und diese Bedingung sey noch nicht in Erfüllung gegangen, dem Kläger der Beweis aufzulegen sey: der Beklagte habe sich rein und unbedingt verbindlich gemacht — wurde, meines Wissens, die Richtigkeit dieses Lehrsatzes zuerst von Claproth 1) in Zweifel gezogen. Gesterding 2) hält jedoch die von Claproth angeführten Gründe nicht für gewichtig genug, daß sie der Widerlegung Weber's hätten Stand halten können, er ist daher als accessorischer Intervenient für die Sache Claproth's aufgetreten, hat aber dadurch wieder einen Gegner an Sommer 3) herbei gezogen; dessen Angriff, soweit er als solcher zu betrachten ist, hat durch Gensler 4) Beleuchtung gefunden. — Gesterding's Ausführung hat blos die Suspensivbedingung zum Gegenstande; in Betreff dieser wird behauptet: „die Theorie, wonach dem Kläger der Beweis aufliegen soll, der Vertrag sey ohne (aufschiebende) Bedingung geschlossen, im Falle der Beklagte das Gegentheil behauptet, sey unhaltbar.“ Diese Behauptung ist gewiß richtig; allein die Grundsätze, unter welche sie gestellt worden, sind nicht alle richtig und die Folgesätze aus diesen können daher auch nicht aus jener adoptirt werden, weil sie nicht aus ihnen fließen. Gesterding unterstellt bei vorgeschützter Suspensivbedingung die volle Einräumung der Wahrheit des Klagegrundes, betrachtet die behauptete Bedingung als eigentliche Einrede und entbindet

---

1) Einleitung in den ordentlichen bürgerlichen Proceß § 217.

2) Im Archiv fur civilistische Praxis, herausgegeben von Gensler, Mittermaier und Schweitzer Bd. II. S. 217-227.

3) Dr. Sommer im Archiv für civil. Praxis Bd. IV. S. 23. ff.

4) Daselbst Zusatz von Gensler S. 27.

daher den Kläger des Beweises seines Klagefundamentes. Diese Annahme folgt aus seiner Darstellung, indem er sagt:

„Ich läugne, daß die Unbedingtheit des Vertrags zur Begründung der Klage gehöre. Nein, das Verlangen des Klägers, der Richter möge den Beklagten anhalten, den Vertrag zu erfüllen, wird schon dadurch hinlänglich gerechtfertigt, daß der Beklagte den Vertrag geschlossen und sich gegen den Kläger verbindlich gemacht hat.“ Diese Annahme folgt ferner daraus, weil dieser Gelehrte (S. 223 das.) weiter sagt: „Es ist wahr, auch ein bedingtes Geschäft ist imperfect, so lange die Bedingung nicht in Erfüllung gegangen. Aber es gibt mancherlei Umstände, welche die Einwilligung und das Daseyn einer Verbindlichkeit hindern, deren Nichtvorhandenseyn der Kläger deßhalb noch nicht zu beweisen nöthig hat. Wie, wenn der Beklagte einwendet, er sey zur Eingehung des Vertrags durch Betrug verleitet, oder, er sey im Irrthum gewesen, der Vertrag sey nur zum Schein geschlossen, oder er habe nur gezwungen eingewilligt, wird wohl jemand seyn, welcher behaupten sollte, der Kläger müsse beweisen, der Beklagte sey nicht betrogen, habe sich nicht geirrt, mit dem Vertrage sey es ernstlich gemeint gewesen, der Beklagte habe mit Freiheit eingewilligt? Oder wird nicht vielmehr Jeder sagen, dem Beklagten liege ob, Betrug, Irrthum, Simulation, Zwang zu erweisen?“ — Müßten diese Beispiele allein die Gründe geben, so würde Gesterding's ganze Behauptung: daß dem Kläger nicht der Beweis aufliegen solle, der Vertrag sey ohne (aufschiebende) Bedingung geschlossen, nicht gerechtfertigt seyn, weil mit diesen Gründen für die in Rede stehende Frage nichts belegt wird. Gegen Betrug, Irrthum, Simulation, Zwang streitet die Vermuthung; wer diese Zustände behaup-

tet, muß sie beweisen, behauptet sie der Beklagte, so schützt er eine eigentliche Einrede vor, deren juridische Wahrheit von dem Resultate seiner Beweisführung abhängig ist. Gleiche Grundsätze gelten aber nicht bei der vorgeschützten Bedingung. Es besteht weder eine Rechtsvermuthung dagegen, daß ein Vertrag unter Bedingung abgeschlossen worden, noch besteht eine Rechtsvermuthung dafür, daß ein Vertrag unter einer Bedingung zu Stande gekommen sey. Fordert der Kläger daher aus einem unbedingten Rechtsgeschäfte, und behauptet der Beklagte die vertragsmäßige Suspensivbedingung, so kann Kläger nicht sagen, daß für die Unbedingtheit des Rechtsgeschäftes die Vermuthung streite, oder irgend ein Grund vorliege, welcher seine, Klägers, Behauptung als wahr annehmen lasse. Der Beklagte behauptet mit Vorschützen der Bedingung, es sey nicht wahr daß er den Vertrag so, wie ihn Kläger zur Sprache bringe, abgeschlossen habe, er läugnet demnach den Klaggrund ab, dessen Beweis nicht Sache des Beklagten, sondern Sache des Klägers ist. Er hat aber nur sein Recht und die Pflicht des Beklagten darzuthun, dies vollständig, aber mehr nicht; daher kann ihm auch nicht der Beweis auferlegt werden: der Beklagte habe sich rein und unbedingt verbindlich gemacht, denn die Art und den Umfang der Beweispflicht kann nur die Art und der Umfang des Factums bestimmen, auf welches der Kläger seinen Anspruch gründet und gründen kann; von dem Beklagten hängt es in der Regel ab, zu bestimmen, ob bewiesen werden solle, den Kreis der Beweispflicht kann der Beklagte aber nicht willkührlich dadurch erweitern, daß er außerhalb desselben die Gränze gezogen haben will. Daher kann man auch nur mit Gesterding insoweit einstimmen, als er S. 225 sagt:

„Man nimmt (gewöhnlich) als ausgemacht an, was erst zu beweisen ist, nämlich, daß der Vertrag unter Be-

dingung geschlossen, folglich imperfect sey. Wird denn ein Vertrag deshalb bedingt, folglich imperfect, daß der Beklagte es behauptet? Ein Vertrag ist imperfect, wenn er unter einer (aufschiebenden) Bedingung geschlossen worden; daß er es sey, folgt daraus nicht, daß der Beklagte es vorschützt. Wegen der bloßen Möglichkeit eines solchen Hindernisses kann der Kläger mit keinem" (wie man zusetzen kann: auf Entfernung dieses blos willkührlich vorgeschützten, den Klagegrund nicht aufhebenden Hindernisses) "Beweise bebürdet werden." — Dagegen kann man wieder mit dem Nachsatze Gesterding's sich nicht einverstanden erklären: "Der Beklagte muß erst zeigen, daß ein solches Hinderniß wirklich vorhanden sey." Dieser Nachsatz erklärt sich wieder aus der irrigen Annahme, daß der Kläger, bei vorgeschützter (aufschiebender) Bedingung vom Beweise seiner Klage frei seyn solle. Diese Annahme wird hinlänglich dadurch widerlegt, wenn man auf Gesterding's eigenen Grundsätze recurrirt, welche er auf den Beklagten anwendet, Grundsätze, die so allgemein wahr sind, daß sie für den einen, wie für den andern Theil gelten müssen. Man darf daher wieder fragen: Ist das Rechtsgeschäft ein unbedingtes, weil Kläger die Unbedingtheit behauptet? Dasselbe ist nur unbedingt, wenn es ohne Bedingung abgeschlossen worden ist: — hat Kläger sein Klagfundament bewiesen, dann erst muß der Beklagte durch Führung des directen Gegenbeweises nachzeigen, daß die fragliche Bedingung festgesetzt worden sey, will er nicht sachfällig werden.

Wird aber schon der vom Beklagten vorgeschützten Suspensivbedingung von Gesterding der Character einer wahren Einrede beigelegt, so wird noch weniger Anstand genommen, diese Eigenschaft der behaupteten Resolutivbedingung beizulegen; denn S. 222, woselbst die Un-

haltbarkeit der seitherigen Lehre, daß der Kläger bei vorgeschützter Suspensivbedingung beweispflichtig sey, bestritten wird, ist vorausgesetzt, daß diese Lehre nur in Beziehung auf Suspensivbedingung ihre Richtigkeit geltend zu machen suche, und es geht aus der Darstellung Gesterding's hervor, daß bei vorgeschützter Resolutivbedingung von einem Beweise des Klägers gar keine Rede seyn könne. Dies sagen seine Worte: „Es versteht sich dies von eigentlich sogenannten oder aufschiebenden Bedingungen. Denn eine auflösende Bedingung hindert die Perfection des Vertrags nicht rc." Hierin scheint unzweideutig ausgesprochen zu seyn, daß wenn von dem Beklagten eine Resolutivbedingung vorgeschützt worden sey, der Kläger des Beweises gänzlich enthoben werde, weil der Beklagte durch diese Vorschützung zugesteht, daß der Vertrag existent und perfect geworden sey, daher auch seine Giltigkeit und Wirksamkeit so lange behaupte, bis ein Aufhebungsgrund nachgewiesen worden ist; diese Nachweisung sey Sache desjenigen, welcher Rechte daraus ableite, daher Sache des Beklagten. — Es ist nun zwar vollkommen richtig, daß das einmal erworbene Recht so lange als fortbestehend angenommen werden muß, bis ein besonderer Grund der Aufhebung desselben eintritt und daß daher die Erlöschung von demjenigen, welcher sich auf solche beruft, zu beweisen ist [1]. Wenn man aus dieser Lehre, deren Richtigkeit man vollkommen anerkennen muß, eine Anwendung auf die Resolutivbedingung macht und dieser Anwendung den Grund unterlegt, daß, weil der Vertrag zur Perfection gelangt sey, nunmehr solcher so lange in Wirksamkeit erhalten werden müsse, bis eine Auflösung derselben juristisch wahr gemacht worden, so darf der Richtigkeit obi-

[1]) Schweppe Lehrbuch §. 152 Nr. 4.

ger Lehre nicht angemuthet werden, diese Schlußfolgerung zu verantworten. Diese Folgerungen sind aus der Perfection eines Vertrages gar nicht zu ziehen. Ein Vertrag kann perfect seyn, der Umfang der in demselben liegenden Rechte und Verbindlichkeiten kann mehr oder weniger bedeutend seyn. Ist demnach auch die Perfection nachgewiesen, so ist mit solcher nicht zugleich auch der möglichst große Umfang dargethan; die Nachweisung eines behaupteten und geläugneten Umfanges eines Rechtes ist Pflicht desjenigen, welcher Ansprüche daraus ableitet und fordert in Betreff des widersprochenen Umfangs den Beweis seiner Entstehung ganz aus denselben Gründen, welche vorhanden sein müssen, um die Existenz eines Rechts in seinem kleinsten es bedingenden Umfang annehmen zu können. Es führen dieselben Grundregeln wieder zu den Grundsätzen, welche bei Suspensivbedingungen gelten. Wenn A behauptet, er habe von B sein Haus auf 3 Jahre für eine bestimmte Summe gemiethet, dieser den Miethvertrag zugesteht, dagegen behauptet, daß derselbe nur dahin gehe, A solle das Haus bis zum 1. Mai jedenfalls miethweise erhalten; wenn jedoch an diesem Tage X seine Einwilligung in den Vertrag nicht ertheile, so solle der Vertrag sich für die folgende Zeit wieder auflösen: so sagt der Beklagte, das Recht des A erstrecke sich bis zum 1. Mai, eine weitere Ausdehnung desselben sey abhängig gemacht worden von der Einwilligung des X. Er behauptet hier nicht die Auflösung eines Rechtsverhältnisses, vielmehr bestreitet er die Entstehung desselben in dem Umfange, in dem es Kläger anspricht, denn er gibt gar nicht zu, daß auf den Kläger ein Rechtsanspruch für die Zeit nach dem 1. Mai übergegangen sey. Hätte der Beklagte, ohne der Resolutivbedingung zu erwähnen, der Wahrheit des von Kläger behaupteten Miethvertrages blos widersprochen, und Kläger hätte eine Urkunde producirt, woraus

die erwähnte Resolutivbedingung hervorging, oder Zeugen hätten deren Festsetzung bewahrheitet, dann würde der Kläger abzuweisen seyn. Im Falle nun Kläger, wie es die Vollständigkeit seines Libelles erfordert, anführt, daß er mit dem Beklagten bis zum 1. Mai den Miethvertrag fest abgeschlossen habe, für die folgende Zeit, bis zu dem Ablauf von 3 Jahren aber festgesetzt worden wäre, daß die Einwilligung des X dazu erfordert werde, wenn der Beklagte für diese Zeit gebunden seyn sollte, der Beklagte darauf geantwortet, daß er den Vertrag in der angegebenen Art abgeschlossen habe, dagegen läugnet, daß die Einwilligung des X erfolgt sey, so würde gewiß der Kläger vorerst den Consens, als die Voraussetzung der Entstehung seines von ihm angesprochenen Rechtes, zu beweisen haben. Die vom Beklagten vorgeschützte Resolutivbedingung, es mag ihrer nun vom Kläger gedacht seyn, oder nicht, kann daher nicht Einrede sein, sie ist vielmehr eine negative Litiscontestation, indem der Beklagte durch deren Vorschützung nicht die Auflösung des von Kläger in Anspruch genommenen Rechtes behauptet, sondern läugnet, daß auf den Kläger vom 1. Mai ein Rechts = Uebergang Statt gefunden habe, er läugnet daher, daß ihm ein Recht entstanden sey. Bis zu der Gränze, welche der Miethvertrag festsetzt, wird das Recht des Klägers zugestanden, in Betreff des weiteren Anspruchs des Klägers wird behauptet, daß nur besondere vertragsmäßige Voraussetzung denselben begründen könnten; und indem der Beklagte sagt, daß wenn die Einwilligung des X erfolgen werde, dem A das Haus auf 3 Jahre vermiethet seyn solle, ist das Recht des Klägers für die Zeit vom 1. Mai an von dem Eintritte einer Suspensivbedingung abhängig gemacht, welche die Befolgung ihrer Grundsätze erheischt. Nur die Behauptung eines neuen, selbstständigen Grundes, welcher das Klagefundament an und für sich gar nicht berührt, vielmehr

die Wahrheit und Vollständigkeit desselben nachgibt, aber fordert, daß die Wirksamkeit eines wirklich bestandenen Rechtsverhältnisses aufhöre, oder irgend eine Veränderung erleide, kann eine wahre Einrede, Replik ꝛc. erzeugen, keineswegs aber das Abläugnen, oder, wenn auch selbstständige, Anführen von Thatsachen, welche die Existenz des Rechtes, dessen Geltendmachung gefordert wird, in Zweifel zieht. Hätte in dem angeführten Beispiele der Beklagte, ungeachtet seiner Nachgabe, den Vertrag bis zum 1. Mai definitiv abgeschlossen zu haben, behauptet, daß er denselben bis zu diesem Zeitpuncte zu halten nicht verpflichtet sey, z. B., weil die Wohnung eine wesentliche, nicht aufzuschiebende Reparatur nöthig mache [1]), oder weil der Miether dieselbe mißbraucht [2]) habe, dann würde er, weil er das Klagefundament in jeder Beziehung als richtig einräumt, zu beweisen haben, daß die fragliche Reparatur geboten sey, daß der Mißbrauch Statt gefunden habe, indem das Anführen dieser Gründe neue selbstständige Thatsachen zum Gegenstande hätte, aus welchen die Auflösung eines an und für sich wirklich bestehenden Rechtes gefordert wird. Die Behauptung enthielte eine wahre Einrede. Ein Gleiches würde der Fall seyn, wenn der Kläger, gestützt auf einen Vertrag, die Ueberlassung einer Wohnung auf 3 Jahre verlangte, der Beklagte zugäbe, daß ein Vertrag der Art geschlossen worden sey, aber behauptet, es sey später eine Resolutivbedingung beliebt worden. Auch hier würde der als wahr nachgegebene Vertrag so lange seine Giltigkeit und Wirksamkeit anzusprechen haben, bis Beklagter den Erlöschungsgrund nachgewiesen hätte.

---

1) Fr. 30. pr. fr. 35. pr. XIX. 2. c. 3. C. 4. 65.

2) c. 3. C. 4. 65.

Daß, wenn bei dem ursprünglichen Vertrage die Resolutivbedingung angefügt worden, oder als angefügt vom Beklagten behauptet wird, nicht sowohl von einer Auflösung, als vielmehr von einem Abläugnen der Entstehung eines Rechtsverhältnisses gesprochen werden könne, widerspricht auch keineswegs

Fr. 3. D. 18. 1.

> Si res ita distracta sit, ut, si displicuisset, inemta esset, constat, non esse sub conditione distractam, sed resolvi emtionem sub conditione.

Denn in dieser Stelle will Ulpian darlegen, daß die emtio venditio durch bloßen gegenseitigen Consens zu Stande komme und daß dieser Consens auch dann vorhanden sey: wenn die Sache in der Art verkauft worden wäre, daß sie als nicht verkauft betrachtet werden sollte, wenn später von dem Vertrage abgegangen werden sollte (si displicuissit), es solle daher diese Bestimmung, daß wenn die Contrahenten anderen Sinnes werden sollten, nicht hindern, den möglichen Eintritt des Consenses in den Kaufvertrag, und somit dessen juridische Entstehung annehmen zu können. Diesen Sinn liefert das, gleichfalls von Ulpian herrührende, unmittelbar vorausgehende fr. 2., wo es in §. 1. heißt:

> Sine pretio nulla venditio est, non autem pretii numeratio, sed conventio perficit sine scriptis habitam emtionem.

Von dem Umfange der Rechte der Contrahenten dagegen, und von der Beweislast ist in dieser Stelle gar keine Rede.

Hierfür mehr wichtig und unsere Behauptung vollkommen belegend, ist

Fr. 2. D. 18, 2.

Quoties fundus in diem addicitur, utrum pura emtio est, sed sub conditione resolvitur, an vero conditionalis sit magis emtio, quaestionis est. Et mihi videtur verius, interesse, quid actum sit: nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata conditione discedatur, erit pura emtio, quae sub conditione resolvitur; sin autem hoc actum est, ut perficiatur emtio, nisi melior conditio offeratur, erit emtio conditionalis."

Diese gesetzliche Ansicht entspricht ganz der Natur der Sache und steht in vollem Einklange mit den Grundsätzen, welche über das Beweisverfahren fest gestellt sind. Folgende Fälle aus dem practischen Leben bringen diese Behauptung zur klaren Anschauung. A verkauft dem B sein Haus, gleichviel um welche Summe, unter der Bedingung, daß der Vertrag sich wieder auflösen solle, wenn dem A nach Ablauf von 4 Jahren ein Sohn geboren werde. A miethet das Haus auf 6 Jahre, und nachdem er dasselbe 4 Jahre bewohnt, wird ihm wirklich ein Sohn geboren. Nach Ablauf der 6 Jahre klagt B auf Herausgabe des Hauses. A, indem er behauptet, der Vertrag habe sich, weil ihm der Sohn geboren worden, aufgelößt, behauptet nur, dem Kläger stehe nach dem angeführten Vertrage das Recht nicht zu, welches er anspreche, und es kann der Kläger gewiß nicht von der Pflicht entbunden werden, zu beweisen, daß der Beklagte verbunden sey, das Haus zufolge des Vertrags herauszugeben. Die beliebte Resolutivbedingung lößt sich in die Suspensivbedingung auf: daß B das Haus erhalten

solle, wenn nach 4 Jahren A keinen Sohn erhalten werde.— C kommt mit Z dahin überein, daß ihm erster zum Zweck der Alimentation von jetzt an jährlich die Summe von 100 fl. auszahlen, daß jedoch diese Verpflichtung aufhören solle, wenn C nicht Erbe seines Vaters werde. Nachdem 3 Jahre lang die bedungenen Summen von C ausgezahlt worden, stirbt dessen Vater mit Hinterlassung eines Testamentes, worin er seinen Sohn C enterbt hatte. Z tritt zu Anfang des vierten Jahres mit einer Klage auf und spricht, auf den Vertrag gestützt, den Fortbezug der 100 fl. an. C erwidert, er sey ihm für das vierte Jahr und für alle Folgezeit nichts mehr schuldig, er läugnet sonach den Klaggrund ab und macht dadurch den Z beweispflichtig, obgleich er zugibt, den Vertrag dahin abgeschlossen zu haben, daß er dem Z jährlich 100 fl. zu zahlen sich verbindlich gemacht habe und obgleich er weiter angegeben, daß der Vertrag sich auflösen solle, wenn er seinen Vater nicht beerben werde. Der Kläger muß den Grund seiner Klage, insoweit er auf solchen seine Ansprüche baut, voll beweisen, wenn deren Wahrheit nicht nachgegeben, oder unterstellt werden kann. Gibt nun gleich C nach, daß er einen Vertrag abgeschlossen, dem Z jährlich 100 fl. versprochen zu haben, so widerspricht er dennoch durch die erwähnte Bedingung, daß er sich verbindlich gemacht habe, ihm für das vierte Jahr diese Summe zu bezahlen; da Kläger aber dieselbe für das vierte Jahr fordert, so muß er nachweisen, daß ihm hierfür ein Recht zustehe, er muß den Umfang seines angesprochenen Rechtes, hier demnach auch die Dauer der Zeit, nicht wo es fort besteht, sondern wo es entstanden ist, darthun; denn der Beklagte gibt nicht zu, daß das Recht des Klägers an und für sich hinsichtlich dieses 4ten Jahres bestanden habe und durch ein nachgefolgtes späteres Ereigniß aufgehoben worden sey, sondern er bestreitet, daß ein

Anspruch des Klägers für dieses Jahr jemals vorhanden gewesen wäre — und es kann daher keinem gegründeten Zweifel unterliegen, daß Kläger beweisen müsse, der Beklagte habe sich durch den Vertrag anheischig gemacht, ihm für jedes Jahr 100 fl. zu bezahlen. Wird er hierdurch genöthigt, die Vertragsurkunde zu produciren, so wird er abgewiesen, wenn er nicht zugleich darthun kann, daß C Erbe seines Vaters geworden ist. Auch in diesem Falle wiederholt sich ganz die Anwendung des obigen Grundsatzes, daß der Vertrag eigentlich nur unter einer Suspensivbedingung zu Stande gekommen ist, denn es ist eigentlich von den Paciscenten nur bestimmt worden: C solle dem Z jedes Jahr 100 fl. geben, nach dem Tode des Vaters des C aber nur für den Fall, wenn C Erbe seines Vaters geworden sey.

Das Irrige der Ansicht Gesterding's liegt wahrscheinlich darin, daß er unter einen speciellen Gesichtspunct eine allgemeine Behauptung gestellt hat. Dieser liegt wahrscheinlich der supponirte Fall zu Grunde, daß aus einem Rechtsgeschäfte geklagt wird, dessen Facten der Beklagte in jeder Beziehung nachgibt und in Betreff dessen er behauptet, daß später, nachdem das Rechtsgeschäft perfect geworden war, eine Resolutivbedingung beliebt worden sey. So bildet die Behauptung des Beklagten eine wahre Einrede; diese hat er zu beweisen, der Kläger ist vom Beweise seiner Klage ganz frei, denn der Beklagte hat deren Grundlage in jeder Beziehung als richtig nachgegeben. Behauptet aber der Beklagte, daß der Vertrag selbst, auf welchen der Kläger seinen Anspruch gründet, unter einer Resolutivbedingung abgeschlossen worden sey, so gibt er die Entstehung und den Umfang des Vertrags gewiß nicht nach, diese gehört zum Klag-

grund, wird bestritten und muß daher vom Kläger bewiesen werden — nicht deßhalb, weil der Vertrag **imperfect** ist, sondern weil die Voraussetzung, welche den Anspruch des Klägers begründen soll — **in Zweifel** steht.

Den **Beweissatz** kann aber natürlich auch hier wieder nur das Factum bestimmen, auf **welches** der Kläger seinen Anspruch gründet.

Ueber den Diebstahl eines Miteigenthümers an der gemeinschaftlichen Sache.

Die Römischen Begriffe über den Diebstahl umfassen mehre Arten unerlaubter Handlungen [1]), welche nicht alle unter den Begriff derjenigen unerlaubten Handlung gestellt werden können, die in Deutschland ausschließend mit dem Namen Diebstahl bezeichnet worden ist [2]). Das furtum usus und furtum possessionis wurden niemals als Diebstahl angesehen und selbst die Grundsätze über das Röm. furtum

1) Fr. 1. §. 3. D. 47. 2. „Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus possessionisve." Fr. 52. §. 19. D. de furtis. Fr. 14. §. 12. quod metus causa.

2) Man vergl. vorzüglich Roßhirt über den Begriff des römischen furtum und des deutschen Diebstahls, in einer vergleichenden Gegeneinanderstellung. (Neues Archiv des Criminalrechts Bd. III. S. 73—101.) — Ueber den Begriff des Diebstahls nach römischem und deutschem Rechte: Tob. Iac. Reinharth de diversa furti secundum jus civile germanicum idea. Erford 1729. — Kleinschrod, de furti vere talis notis characteristicis, consummatione atque suppli-

rei ipsius konnten nicht ihre volle Anwendung finden, weil solche nur zum Theil den Ansichten der Deutschen über dieses Verbrechen angepaßt zu werden erlaubten. Man hat daher in der Hauptsache einstimmig den Begriff des Diebstahls so festgestellt: Diebstahl ist die widerrechtliche Ergreifung der Detention einer fremden beweglichen Sache, welche ohne Gewaltthätigkeit gegen die Person des physischen Besitzers, in der Absicht geschah, um sich durch die Zueignung der Sache Vortheile zu verschaffen [2]).

Es soll hier nicht in alle diese aufgestellten Requisite eingegangen werden; die Veranlassung zu diesen paar Worten gibt vielmehr nur ein Erforderniß, dessen Annahme oder Ausschließung die eigenthümliche Natur rein deutschrechtlicher Verhältnisse einer Betrachtung und Beurtheilung unterwirft und nur mit Beziehung auf solche beurtheilen läßt. Dieses Erforderniß besteht darin, daß sich die Sache zu demjenigen, welcher an ihr einen Diebstahl begehen könne, als eine fremde verhalten müsse. Diese Eigenschaft, sagt man, schließt jedoch den Diebstahl eines Miteigenthümers an einer gemeinschaftlichen Sache nicht aus. [3]) Man belegt diese Ansicht mit

cio. Wirceb. 1792. — Klien, Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls Thl. I. S. 115 ff. Henke Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik. Zweiter Theil §. 141 ff.

2) So definirt z. B. v. Grolman Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, dritte Auflage §. 178. S. 200. — Man vergl. den ganzen Zusammenhang der P. G. O. in den Art. 157 — 175.

3) Vergl. mit mehren v. Feuerbach Lehrb. des gemeinen in Deutschland gültigen peinl. Rechts. Mit vielen Anmerkungen

Fr. 45. D. 47. 2.

„Si socius communis (communi) rei furtum fecerit, — potest enim communis rei furtum facere —, indubitate dicendum est, furti actionem competere".

Diese Stelle bestätigt daher die aufgestellte Behauptung: es soll der socius an der gemeinschaftlichen Sache einen Diebstahl begehen können. — Ein solcher Ausspruch konnte von einem Römischen Gesetzgeber neben dem Grundsatze, daß das furtum rei ipsius (die Sachentwendung) nur an einer fremden Sache begangen werden könnte, recht füglich bestehen; denn die Römer kannten nur da, wo eine Gemeinschaft des Eigenthums vorhanden war, solche in der Art, daß den verschiedenen berechtigten Personen das Eigenthum gemeinschaftlich nach idealen Theilen zustand.[2])

---

und Zusatzparagraphen herausg. von Dr. C. J. A. Mittermaier, 1836. §. 315. S. 282. Note 6. Henke a. a. O. sagt S. 403: Eine besondere Streitfrage ist es aber, ob auch an einer gemeinschaftlichen Sache ein Diebstahl durch einen der Miteigenthümer begangen werden könne. Die Beantwortung ergiebt sich indeß sehr leicht dahin, daß ein Diebstahl an einer solchen Sache nur in Ansehung des dem andern Miteigenthümer zustehenden Antheils denkbar ist. Auch muß wegen der zu jedem Diebstahl erforderlichen Entsetzung eines Andern aus dem Besitze vorausgesetzt werden, daß der Entwender die gemeinschaftliche Sache nicht selbst in Besitz hatte, denn sonst würde er auch in Ansehung des dem andern Miteigenthümer zustehenden Antheils sich nur einer Unterschlagung schuldig machen können.

2) Fr. 4. §. 5. D. 10, 1. Si alter fundus duorum, alter trium sit, potest judex uni parti adjudicare locum, de

Auch dem deutschen Rechte ist ein solches Miteigenthum nicht fremd, es hat aber daneben noch ein s. g. Gesammteigenthum (condominium pro indiviso, in solidum), in Folge dessen zwar einem jeden der mehren Berechtigten nicht die ganze Sache zusteht, weil ein solches Verhältniß sein eigenes Daseyn aufheben müßte, in Betreff dessen jedoch diese Personen auch zu keinem bestimmten Theile dieser Sache als nicht berechtigt, oder ein bestimmter Theil dieser Sache zu den Berechtigten als ein fremder betrachtet werden kann. Die Ausübung der in dem Gesammteigenthume enthaltenen Rechte wird als eine selbstständige Befugniß der Einzelen angesehen; daher besitzen diese, als Subject des Eigenthums betrachtet, dieses immer ungetheilt [2]), und wenn gleich die Rechte der Einzelen nicht immer gleichartige und gleich große sind, so sind doch alle in diesem Verbande ste-

---

quo quaeritur, licet plures dominos habeat, quoniam magis fundo, quam personis adjudicari fines intelliguntur; hic autem, quum sit adjudicatio pluribus, unusquisque portionem habebit, quam in fundo habet et pro indiviso. Fr. 5. D. 45. 3. Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore. Et ideo si quid stipulator, vel quaque alia ratione acquirit, omnibus acquirit pro parte, qua dominium in eo habent etc. Fr. 94. D. 46. 3. Sin autem communes numos credam, aut solvam, confestim pro parte mea nascetur et actio, et liberatio, sive in singulis numis communionem pro indiviso quis esse intelligat, sive in pecunia non corpora cogitet, sed quantitatem. c. 2. C. 4. 37. Fr. 5. §. 15. D. 13. 6.

2) Eichhorn Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 166. S. 432. Runde Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 263. S. 241.

henden Personen in Beziehung auf diese Sache in der Art wirklich berechtigt, daß an keinem Theile derselben die ausschließende Befugniß des einen Theilhabers die Gränze der Berechtigung des Andern bezeichnen kann. Steht eine Person in einem solchen juristischen Verhältniß zu einer Sache, so kann sie an dieser auch keinen Diebstahl begehen, denn es können ihr weder alle einzelen Theile, aus welchen diese besteht und welche sie repräsentiren, noch kann ihr ein bestimmter Theil als ein solcher bezeichnet werden, an welchem sie nicht berechtigt sey, so daß sie sich in dieser Beziehung wie eine fremde und das Object wie ein fremdes verhalte. Es ist möglich, das diese Person unbefugt handelt, wenn sie von dem ihr an dieser Sache zustehenden Rechte selbst Gebrauch macht; es ist möglich, daß die Art und Weise, wie sie von diesem Rechte Gebrauch macht, eine unbefugte und besonders strafbare werden kann; eben so ist es möglich, daß eine solche Person durch eigennützige Handlungen die Rechte der übrigen Theilhaber verletzt und durch die Eigenthümlichkeit dieser Verletzung eines eigenthümlichen Vergehens oder Verbrechens sich schuldig macht: immerhin wird man aber den Begriff des Diebstahls auf eine solche Handlung nicht anwenden können.

Eben so wenig kann durch eine am Gesammteigenthume berechtigte Person eine Unterschlagung[1]) verübt werden: das zeigen die ausdrücklichen Worte der

---

1) Die Römer betrachteten die Unterschlagung als eine Art des Diebstahls (furtum). Fr. 1. §. 1. 2. Fr. 67. D. de furtis. Fr. 8. §. 9. D. mandati. Fr. 25. §. 1. Fr. 29. D. depositi.

P. G. O. Art. 170.

„Welcher mit eines Andern Gütern, die ihm in gutem Glauben zu behalten und zu verwahren gegeben seyn, williger und gefährlicher Weiß dem Gläubiger zu Schaden handelt, solche Missethat ist einem Diebstahl gleich zu strafen.“

Hat man auch die Bestimmung dieses Gesetzes über seinen Wortsinn ausgedehnt und nicht allein da Unterschlagung angenommen, wenn die Veruntreuung eines Depositars zur Beurtheilung kommt, so hat man doch auch zum Thatbestand dieses Verbrechens unumgänglich erfordert, daß das Object, an welchem solches nur verübt werden könne, ein fremdes seyn müsse: man hätte sich auch sonst mit dem Gesetze in einen offenbaren Widerspruch gesetzt, da es nur Güter als Gegenstände bezeichnet, an welchen einem Anderen, als demjenigen, welcher in Beziehung auf solche dieses Verbrechens sich schuldig machen könne, Rechte zustehen.

Da, wo eine eheliche Gütergemeinschaft vorkommt und diese nicht blos Miteigenthum gibt, sondern die Natur eines wahren Gesammteigenthums an sich trägt, kann weder von den Eheleuten selbst, noch, nach erfolgtem Tode des einen derselben, wenn Kinder vorhanden sind und diese in ungetheilter Were des gesammten Gutes (in einer fortgesetzten Gütergemeinschaft, comm. bon. prorogata) bleiben, ein Diebstahl, noch eine Unterschlagung, zufolge des festgestellten Requisites, daß das Object ein fremdes seyn müsse, begangen werden, denn auch in diesem Verhältnisse sind diesen Personen gegenwärtige, wenn auch mehr oder weniger beschränkte, Rechte, nicht abzusprechen; es findet daher auf sie nicht einmal die milde Bestimmung der

P. G. O. Art. 165.

„So einer aus Leichtfertigkeit oder Unverstand etwas heimlich nehme von Gütern, der er sonst **nächster** Erbe ist, oder so sich dergleichen zwischen Mann und Weib begäbe, und ein Theil den andern derhalben anklagen würde, sollen Richter und Urtheiler mit Entdeckung aller Umstände bei den Rechtsverständigen und an Orten und Enden, wie zu Enden dieser Ordnung angezeigt, Raths pflegen, auch erfahren, was in solchen Fällen das **gemein** Recht sey und sich darnach halten. Doch soll die Obrigkeit oder Richter in diesen Fällen von Amptswegen nicht klagen noch straffen."

ihre volle Anwendung; denn einmal paßt auf sie nicht die vorausgesetzte Eigenschaft eines erst zukünftigen Rechtes („**nächster Erbe**") und dann ist von dem Gesetz selbst durch das Berufen auf das gemeine Recht mit der näheren Bezeichnung: „in solchen Fällen" (auch erfahren, was in **solchen Fällen das gemeine Recht** sey) deutlich gesagt, daß nur da, wo das Röm. Recht [1]), welches unter diesem gemeinen Rechte verstanden seyn soll, Bestimmungen ertheile, nach diesen eine unerlaubte Handlung der Art beurtheilt werden solle. Dem Röm. Rechte ist eine eheliche Gütergemeinschaft ganz fremd, seine Bestimmungen sind daher auf dieses rein deutschthümliche Verhältniß um so weniger anwendbar, als die Grundsätze desselben geradezu den Voraussetzungen entgegenstehen, welche ihre Anwendung bedingen, wiewohl man dieser auch auf der andern Seite nicht Zugang verschaffen dürfte, wo jene Platz greifen würden [2]).

---

1) Man vergl. §. 12. J. 4. 1 Fr. 52. §. 4, 5, 6, 7. D. 47, 2. Fr. 17. Fr. 25. D. 25. 2. c. 2. C. 5. 21.

2) Siehe darüber **Mittermaier** zu **Feuerbach's** Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinl. Rechtes. Zwölfte Originalausgabe. §. 351. Note 2. S 316.

Eine vorzüglich practische Wichtigkeit legt diese Frage in den häufigen Fällen dar, wo ein Entfremden von solchen Sachen, welche im Gesammteigenthum einer Gemeinde sich befinden, zu beurtheilen steht. Ein wirkliches Mitglied dieser Gemeinde, welches aus diesem Gesammteigenthum fließende Rechte anzusprechen hat, kann durch unbefugtes Selbstausüben seiner Befugnisse, selbst wenn es solche über seine partiellen Gränzen ausgedehnt hätte, zwar strafbar seyn, aber niemals kann seine Handlung unter den Begriff eines Diebstahls, oder einer Unterschlagung, gestellt werden. Hat ein solches Individuum sich mehr zugeeignet, als ihm bei etwaiger Theilung zugefallen wäre, so würde allerdings eine Zurückerstattung des seinen Antheil übersteigenden Mehrbetrages unverkennbare Pflicht seyn; da aber der Begriff des Diebstahls oder der Unterschlagung nur von der juristischen Eigenschaft der Sache, nicht von deren Werth an und für sich abhängig gemacht werden kann, kein einzeler Theil dieser Sache aber, als einem Andern gehörig, bezeichnet werden kann, so dürften auch diese Verbrechen nicht zu ihrem Thatbestande erhoben werden können. Entweder müssen bei Illegalitäten der Art die Grundsätze zur Anwendung kommen, welche bei unbestimmten Verbrechen gelten, oder die unerlaubte Handlung characterisirt sich als eine solche, welche unter ein bestimmtes Strafgesetz gestellt ist. Am häufigsten wird sich der Thatbestand einer Eigenmacht, Eigenthumsbeschädigung, Eigenthumsbeeinträchtigung, Widersetzlichkeit, der Selbsthilfe, oder des Betrugs constatiren lassen.

Man erwidere dagegen nicht, daß das einzele Mitglied einer Gemeinde als solches kein Recht an dem Gemeindeeigenthume anzusprechen habe, daß es vielmehr nur als Mitglied der Corporation, diese als juristische Person gedacht, berechtigt da stehe, außer diesem Verbande daher

nur einzele physische Person sey, als solche nicht berechtigt wäre und daher, als gänzlich unberechtigt, eines Diebstahls sich schuldig machen könne an dem der Gemeinde als solcher zustehenden Eigenthume. Diese Entgegnung würde vorerst den Beweis zu liefern haben, daß das einzele Subject als solches, außerhalb des Gemeindeverbandes, in Betreff des Gemeindeeigenthums aufhöre, berechtigt zu seyn, denn sein Recht leitet es nicht daher, daß die Gemeinde eine juristische Person ist, sondern es steht ihm deßhalb zu, weil es Mitglied dieser Gemeinde ist, welches es, so lange es in dem Gemeindeverbande ist, bleibt. Allein würde das Verbrechen des Diebstahls dann anwendbar seyn, wenn die Personen, welche in ihrer Gesammtheit die Gemeinde bilden, eine bewegliche, zu dem Eigenthum der Gemeinde gehörige, bewegliche Sache animo lucri fac. sich aneignen, dann müßte man diese Grundsätze auch jedesmal dann anwenden können und müssen, wenn dieses Verhältniß vorläge. Nun setze man aber den Fall, daß sämmtliche Gemeindemitglieder oder sämmtliche Mitglieder bis auf eines derselben, ohne vorausgegangenen Beschluß, welcher die Handlung als Willen der Gemeinde als solcher characterisirt, etwa in Folge zufälliger Besprechung und Verabredung, Theile ihres Eigenthums sich aneigneten, sie veräußerten und den Erlöß unter sich theilten. Würde man hier von dem Verbrechen des Diebstahles reden können? Diese Personen würden, namentlich von der Administrativbehörde, zur Rechenschaft zu ziehen seyn, allein gewiß wird der Thatbestand des Diebstahls nicht zu constatiren seyn, obgleich die Gemeinde nicht als solche hier gehandelt hat, vielmehr sämmtliche Theilhaber als einzele physische Personen zu betrachten sind. Wollte man diesen sämmtlichen Personen, wo sie als einzele physische Subjekte zu beurtheilen sind, alles Recht an dem Gemeindeeigenthume absprechen, so würde

folgerichtig in diesem Falle der Gegenstand, welcher das Gemeindeeigenthum bildet, ein ganz fremder seyn, und es müßten daher sämmtliche Personen, wenn sie die Aneignung dieser Sache in gewinnsüchtiger Absicht vorgenommen hätten, als Diebe zu bestrafen seyn, eine Strafe, welche wohl kein Richter aussprechen könnte. — Kann aber nicht die juridische Eigenschaft, in welcher die Person zur Gemeinde steht, Entscheidung geben, so muß man andere Gründe befragen, ob in einem solchen Falle die Handlung den Begriff des Verbrechens des Diebstahls zulasse, und diese werden niemals aufgefunden werden können. Stets wird man auf die entgegenstehenden Gründe verwiesen werden, das Verbrechen des Diebstahls deshalb nicht anzunehmen, weil die erwähnten sämmtlichen Mitglieder der Gemeinde **keine fremde Sache** sich angeeignet haben; dieser Grund vertheidigt aber ganz die hier aufgestellte Behauptung, indem er ganz derselbe bleibt, es mögen die **sämmtlichen** Mitglieder die Aneignung bewerkstelligt, oder es mag nur **ein** Mitglied sich derselben schuldig gemacht haben, da bei dem Gesammteigenthume im Verhältniß zu den einzelen Theilhabern kein ausschließliches Recht nachgewiesen werden kann. Anders aus gerade entgegengesetzten Gründen bei dem römischen dominium pro diviso.

Hat indessen eine Theilung des im Gesammteigenthume befangen gewesenen Gegenstandes unter den einzelen Interessenten wirklich Statt gefunden, dann ist der Grund weggefallen, welcher die Annahme des Diebstahls oder der Unterschlagung ausschließen ließ. — Ein wirkliches Gemeindeglied hatte das Gras auf einer Wiese, die sich im Gesammteigenthume der Gemeinde befand, zum Theil abgemäht und nach Hause gebracht; ein anderes hatte von **demjenigen** Heu **auf der Wiese, welches auf abgesonderte Haufen gesetzt,**

durch das Loos unter die einzelen Berechtigten reell vertheilt und diesen an Ort und Stelle tradirt war, einiges entfremdet. Erster war nicht Dieb, wohl aber Letzter. Diese beiden Fällen sind aus der Wirklichkeit entnommen; eben so hatte der Verf. folgenden Fall zu beurtheilen: Gerade auf der Gränze, welche das Eigenthum eines einzelen Ortsbürgers von dem Gemeinde-Eigenthume schied, stand ein werthvoller Obstbaum; ein anderes Mitglied dieser Gemeinde hieb den Baum um, und eignete sich das Holz in gewinnsüchtiger Absicht an. Hier concurrirte mit dem Verbrechen des Betrugs auch das des Diebstahls; allein der ganze Werth des Holzes durfte bei Beurtheilung des letzten nicht in Anschlag gebracht werden.

Ueber den Concurs der Injurien-Klagen.

Es ist der Lehre über Injurien so viele und mannigfache Bearbeitung zu Theil geworden; es hat unter diesen namentlich die deutsche Literatur so vieles Vortreffliche wirklich aufzuweisen, daß man glauben sollte, die Forschungen wie im Gebiete der Rechtsphilosophie, so in dem des positiven Rechts für geschlossen annehmen zu dürfen. Indem ich dieses selbst anerkenne, können diese wenigen Worte nicht bezwecken, die Verhandlungen wieder zu eröffnen, sie wollen nur einen kleinen Beitrag liefern, welchem, obgleich ganz anspruchlos auf die Verdienste derjenigen geistreichen Federn, welche diese Lehre in Bewegung setzte, doch eine Stelle nicht versagt werden wird.

Mit Bezuznahme auf die positive Gesetzgebung stellt man die Grundsätze auf, daß dem Injuriirten bei Anstellung

der Klage die Wahl frei stehe, entweder auf eine Privatstrafe (nach Römischem Begriffe) anzutragen, oder zu fordern, daß der Injuriant mit einer öffentlichen Strafe belegt werde, in welchen beiden Fällen zugleich Ersatz des etwa zugefügten Schadens verlangt werden kann 1). Dabei stellt man, basirt auf

§. 10. I. de injuriis

Fr. 6. (de injur. et fam. lib.) 47. 10

die Behauptung auf, daß eine zugefügte Injurie nur ausnahmsweise zugleich mit einer Privatstrafe und öffentlichen Strafe geahndet werden könne; die Election der Anträge auf beide Strafarten bleiben immerhin die Regel.

Die angeführten Gesetzesstellen sagen bekanntlich und zwar

§. 10. (de injuriis) IV. 4.

„In summa sciendum est, de omni injuria eum, qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel civiliter etc.

die Digestenstelle

Fr. 6. (de inj. et fam. lib.) 47. 10,

welche sich insbesondere über den famosus libellus verbreitet, schließt mit den Worten:

„Plane si actum sit publico judicio, denegandum privatum, similiter ex diverso."

1) Fr. 15. §. 46. (de injuriis et fam. lib.) 47. 10.

Die einzigen Ausnahmen, welche diese aufgestellte Regel zulasse, sollen nur dann eintreten können, wenn die Injurie der Art ist, daß schon ex officio dieselbe untersucht und bestraft werden müßte.

So sagt v. Grolman (Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft, §. 224 pos. II.):

„Wenn der Beleidigte klagen will, so hängt es von seiner Wahl ab, ob er außer dem durch die Klage aus der Lex Aquilia zu verfolgenden Schadensersatze, auf eine Privatstrafe (im Sinne des römischen Rechts), oder auf eine öffentliche Strafe seine Klage richten will. Der Concurs dieser Klagen ist rein electiv, und die Wahl der Privatklage schließt daher für den Richter die Möglichkeit, auf eine öffentliche Strafe zu erkennen, in allen Fällen aus, in welchen nicht (wie in den Ausnahmen bei I) die öffentliche Strafe, auch ohne die Klage des Beleidigten, verwirkt war.“ Diese Ausnahmen, worauf hier verwiesen wird, und welche man allein gelten lassen will, sind unter den leitenden Grundsatz gestellt, daß bei ihnen die Injurien zugleich den Character als öffentliche Verbrechen annehmen müßten, es sind daher diese einzigen Ausnahmfälle in folgenden aufgezählt:

1) Wenn der Injuriant sich durch das Begehen der Injurie einer Verletzung seiner öffentlichen Dienstpflichten schuldig macht.

2) Wenn die Injurie die constituirten öffentlichen Behörden, oder die in der Amtsfunction begriffenen Staatsdiener trifft.

3) Wenn die Injurien in polizeiwidrige Störungen der öffentlichen Ruhe und Sicherheit, oder gar

4) in criminelle Gewalthätigkeiten und Verwundungen ausarten. Endlich

5) wenn sie, wie die Schmähschriften, ihrer Natur nach, die öffentliche Sorge für die Entdeckung des, mit schwerer peinlichen Strafe bedrohten unbekannten Verbrechers auffordern.

Gegen diesen Grundsatz als solchen, welchen die Analogieen von Verbrechen überhaupt schon rechtfertigen würde, anzukämpfen, kann unsere Absicht um so weniger seyn, als er außerdem seine Bestätigung in den Aussprüchen der positiven Gesetzgebung findet. Zweck dieser anspruchlosen Ausführung soll nur der seyn, nachzuzeigen, daß jene Ausnahmen nicht alle Fälle erschöpfen, in welchen zugleich eine Privat- und eine öffentliche Strafe verhängt werden könne.—

Wir fügen diesen Ausnahmen noch an, daß der Fall, wo Jemand gegen einen andern eine wirkliche Injurie begangen hat, sowohl mit einer öffentlichen, als auch mit einer Privatstrafe belegt werden kann, auch dann eintrete:

1) wenn eine unmittelbare Injurie mit einer oder mehren mittelbaren Injurien concurrirt und hinsichtlich aller verschiedene Anträge zu verschiedenen Zwecken Statt finden, oder

2) wenn mehre mittelbare Injurien Gegenstand dieser verschiedenen Anträge bilden.

Es ist zu bekannt, auf welch' mannigfache Weise diese Concurrenz Platz greifen kann, als daß sie einer besonderen Erörterung bedürfte und eine Aufzählung aller möglichen Formen selbst möglich wäre: sie lassen sich aber so ziemlich unter die allgemeinen Grundsätze stellen, daß dieses Zusammentreffen dann Statt findet, wenn entweder der Angriff auf die Ehre des einen in einem solchen nothwendigen Zusammenhang steht, daß er zugleich die Verletzung der Ehre eines Andern in sich enthält, oder wenn der Familiennexus einen solchen Zusammenhang (sey es nach der Natur der Sache oder zufolge positiv-gesetzlicher Bestimmung [1]) annehmen läßt. [2])

Ein sehr erläuterndes Beispiel der letzten Art gibt

fr. 1. §. 9. D. 47. 10.

„Idem ait Neratius, ex una injuria interdum tribus oriri injuriarum actionem, neque ullius actionem per alium consumi, utputa uxori meae, filiaefamilias, injuria facta est, et mihi, et patri, et ipsi injuriarum actio incipiet competere."

---

1) Fr. 1. §. 3. D. 47. 10. verbis: „servis meis" — „vel affectui subjecti sint". — Fr. 15. §. 24. eod. Fr. 15. §. 49 eod. Si servum complurium caecidero, competere injuriarum actionem omnibus, plus quam manifestum est. Daß hier nicht von einem Schadensersatze (damnum) die Rede sey, setzt die in §. 46 gemachte Unterscheidung außer Zweifel. Vergl. auch fr. 17 pr. — ceteris competit.

2) v. Feuerbach a. a. O. §. 281. Nr. 1 und 2. Fr. 1 §. 5. D. 47. 10. — Man vergl. auch fr. 2. eod. und hinsichtlich der lex Cornelia fr. 5. §. 6. eod.

Diese Stelle legt uns demnach einen Fall vor, wo durch eine Person eine andere durch eine Injurie (wie dieß durch die Worte: „una injuria“ außer Zweifel gesetzt wird) an ihrer Ehre verletzt wird; es sollen von daher aber drei Personen klagen können, ohne daß die Klage des Einen durch die des Andern aufgehoben werde. Hat nun jeder dieser drei Personen das Recht, entweder eine Klage auf Privatstrafe, oder eine Klage auf eine öffentliche Strafe anzustellen, so kann dieses Recht auch durch die Wahl der Art dieser einzelen Klagen von Seiten der einen oder der andern dieser Personen keine Beschränkung für die Wahl der Art und Weise, wie die andere sein Recht geltend machen will, zur Folge haben. Würde uns weiter nichts gesagt sein, als daß diese drei Personen in dem angeführten Falle klagen könnten, so würde diese Behauptung schon darin hinreichende Stütze erhalten, weil ein bestehendes Recht dadurch nicht aufgehoben werden kann, wenn ein Anderer das seinige geltend macht; allein es überhebt uns diese Stelle [1]) aller Schlußfolgerungen, indem sie mit dürren Worten sagt:

—„neque ullius actionem per alium consumi.“ —

Würde nun hiernach der Mann eine Klage auf öffentliche Strafe, die Frau auf Abbitte, und der Vater der Frau die actio aestimatoria anstellen, so dürfte diese

---

1) Man vergl. auch fr. 7. §. 1. eod. verbis: „Atquin solemus dicere, ex quibus causis publica sunt judicia, ex his causis non esse nos prohibendos, quominus et privato agamus. Est hoc verum.“.

Concurrenz eine juridisch vollkommen erlaubte genannt werden. Das Gesetz erlaubt sogar, daß diese Personen nicht einmal isolirt aufzutreten gezwungen seyn sollen, sondern daß **eine** Person neben der selbstständigen Verfolgung ihrer Rechte **zugleich** die der andern vertreten kann, wie dies namentlich in Beziehung des Vaters zum Sohne ausspricht das

Fr. 41. D. 47. 10.

Pater, cujus filii facta est injuria, non est impediendus, quominus duobus judiciis et suam injuriam persequatur, et filii.

Der Weg der Stellvertretung würde ohnedieß in allen denjenigen Fällen betreten werden müssen, in welchen der unmittelbar Beleidigte seine Rechte selbstständig nicht verfechten kann, z. B. wenn er unmündig oder wahnsinnig ist [1]), die oben angeführte Stelle redet aber nicht einmal von einem Falle solcher Nothwendigkeit, noch erwähnt sie eines besonderen Auftrags von Seiten des beleidigten Sohnes, und ohnedieß würde ein Auftrag bei Personen, welche einen solchen zu ertheilen nicht im Stande sind, nicht gedacht werden können.

In einem Falle, wo unmittelbare Injurien mit mittelbaren concurriren, würden die sämmtlichen Beleidigten sogar in **einem** Klaglibelle ihre Rechte geltend machen können, da in der Regel Streitgenossenschaft Statt finden würde und die Beleidigten unter einem und demselben Richter stehen werden; die subjective Concurrenz würde hiernach statthaft

1) Fr. 3. §. 1. eod. tit.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

seyn — und objectiv nichts entgegenstehen, weil sich die verschiedenen Anträge, die das Klagefundament gemeinschaftlich haben, an und für sich nicht gegenseitig ausschließen, dieselben vielmehr nur auf verschiedene Gegenstände gerichtet sind — nicht unähnlich dem Falle, wenn die actio furti und condictio furtiva cumulirt werden.

Müßte man die Richtigkeit der hier vorgetragenen Grundsätzen zugeben, wollte man aber der Ausführung derselben entgegenhalten, daß da, wo unmittelbare mit mittelbaren, oder wo mehre mittelbaren Injurien concurriren, stets verschiedene Rechtssubjecte vorhanden sind, deren Ehre verletzt worden und die Ahndung dieser Verletzung ein jedes für sich fordern, daher die hier in Rede stehende Concurrenz keine Ausnahme von der Regel: daß eine Injurie nur entweder mit einer öffentlichen, oder Privatstrafe belegt werden könne, enthalte, so ließe sich wohl mit vollem Grunde erwidern, daß

I. Die Darstellung unserer Rechtslehrer, welche diesen Grundsatz näher erörtern, wohl dem Vorwurfe der Mangelhaftigkeit und Unbestimmtheit nicht entgehen könne. Eine Zusammenstellung der Darstellungsweise unserer geachtetsten Schriftsteller wird dies nachweisen. So sagt:

1) E. Henke [1]) S. 293: „Die Klagen, welche das römische Recht dem Beleidigten gewährt, gehen entweder auf Privatgenugthuung oder auf öffentliche Bestrafung; verbunden werden können diese Klagen nicht; vielmehr schließt

1) Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik. Th. II.

die Wahl der einen die andere aus, und es kann daher der Richter, nach erhobener Privatklage auf eine öffentliche Strafe nur noch in den Fällen erkennen, wo die Injurie zugleich als öffentliches Verbrechen erscheint.

2) C. F. Roßhirt [1]) S. 451: „Privat- und öffentliche Strafen finden nach bekannter Entscheidung des römischen Rechts nicht neben einander statt, doch ist wohl zu bemerken, daß in dem einen facto sich nicht noch andere Delictsrichtungen darstellen dürfen.“ — Welche andere Delictsrichtungen der Verf. hier im Auge hat, erläutert der §. 96 und der §. 49, auf welche in der Note hingewiesen wird, sowie die daselbst angefügte Bemerkung: „Wenn das crimen vis in der injuriösen Handlung liegt, kann unbezweifelt neben der aestimatoria oder der Abbitte öffentliche Strafe eintreten.“ — In der vierten Abtheilung, woselbst von den Wirkungen der Verbrechen gehandelt wird, äußert sich dieser Schriftsteller S 94 u. 95 auf folgende Art: „Wenn aber in einigen Fällen, weil deutsche Gesetze hierüber nichts bestimmen, die Pönalverhältnisse des römischen Rechts Platz greifen; so bleiben auch hinsichtlich des Verfahrens lediglich die Grundsätze des römischen Rechts geltend, indem z. B. dem Beleidigten freistehe, auf öffentliche oder Privatstrafe anzutragen, wie die Lehre von den Injurien ausweist — aber auch der Satz gilt, daß öffentliche und Privatstrafen neben einander nicht statt finden. — Dabei ließe sich auch nach des Ver-

1) Lehrbuch des Criminalrechts nach den Quellen des gemeinen deutschen Rechts und mit besonderer Rücksicht auf die Darstellung des römischen Criminalrechts. Heidelberg 1821.

fassers Ansicht wohl erklären, warum gerade bei den Injurien der allgemeine Satz vorgetragen ist, daß man nicht wegen eines Verbrechens auf öffentliche und Privatstrafe klagen dürfe; denn gerade hier, wo nur (?) dieser Concurrenzfall denkbar ist, weil es keine reine persecutorische Klage hier gibt, mußte derselbe hervorgehoben und entschieden werden. Uebrigens scheint jener Satz, daß nicht neben der öffentlichen Strafe eine Privatstrafe gefordert werden könne, so einfach und natürlich, als der Satz, daß Niemand wegen eines und desselben Vergehen zweimal gestraft werden könne [1]."

---

1) Diesen Satz erkennt unsere positive Gesetzgebung in der ausgesprochenen Allgemeinheit nicht an. Man vergl. z. B. §. 18. J. IV. 6. Fr. 3—8. XLVII, 2. — Fr. 2. §. 1. Fr. 5. §. 3. D. 12. 3. c. 2. C. V. 53. Fr. 68. D. VI. 1. etc. — Fr. 48. i. f. Fr. 64. pr. XXI. 2. c. 8, 11. C. V. 17. Nov. 117. cap. 8. Nov. 134, cap. 10. In allen diesen Fällen sind Privatpönalklagen zulässig, ohne daß öffentliche Strafen wegen Diebstahls, doloser Eigenthumsbeeinträchtigung, Betrugs und Ehebruchs nothwendig ausgeschlossen wären. Der aufgestellte Satz würde sich aber auch schon dem einfachen Falle gegenüber nicht halten lassen, wenn durch eine und dieselbe Handlung die Ehre mehrer Personen direct verletzt worden ist, also da, wo mehre unmittelbare Injurien vorliegen: Es begeht Jemand eine symbolische Injurie gegen eine große Gesellschaft dadurch, daß er, in der Absicht, sie zu beleidigen, vor ihr ausspeit. Sollte nun auch Ein Mitglied derselben die öffentliche Bestrafung dieser Injurie veranlaßt haben, so würde den übrigen Mitgliedern das Recht nicht abgesprochen werden können, Privatstrafen zu fordern — dasselbe Vergehen könnte daher nicht nur zweimal, sondern sehr gut vielmal und mehrfach bestraft werden — in dem Sinne wenigstens, in welchem der

3) A. von Feuerbach[1]) §. 293 S. 263: „Die Privatstrafe concurrirt mit den beiden übrigen Gattungen“ (nämlich den öffentlichen und den relativ öffentlichen Srafen) „nur elective“ *c.

4) Bauer[2]) S. 319 §. 222 (213): „Das Zusammentreffen der reinen Privatstrafe mit der rein öffentlichen Strafe begründet blos ein Wahlrecht des Beleidigten, welcher daher nicht auf beide verbunden (?) klagen (?) kann.“

5) Martin[3]) S. 401 §. 169 (172): „In Hinsicht

Verf. die Bestrafung auffaßt. — In der That aber findet hier, wie dort, eine mehrmalige Bestrafung gar nicht Statt; denn deßhalb, weil ein Gesetz eine unerlaubte Handlung mit mehren Strafübeln, seyen diese auch verschiedener Art, belegt, kann man nicht sagen, daß diese Handlung mehrfach bestraft werde: diese verschiedenen Strafübel zusammen genommen bilden vielmehr die ganze Strafgröße, das volle Strafmas, welche das Gesetz für diese Handlung festgesetzt hat, und zur Anwendung gebracht haben will. Darum spricht man auch nicht von dem Hochverrathe, daß dieser zweimal bestraft werde, weil neben der Todesstrafe auch die Confiscation des Vermögens angedroht ist, man sagt nicht von Demjenigen, welcher sich einer qualificirten Selbsthülfe schuldig gemacht hat, daß er zweimal Strafe leide, weil neben der Bestrafung des crimen vis auch die Bestimmungen des Edicti Divi Marci zur Anwendung kommen. — S. auch noch P. G. O. Art. 118. — Nov. 8. cap. 8. §. 1. etc.

1) Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts. Mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen herausgegeben von Dr. C. J. A. Mittermaier, 12. Originalausgabe.

2) Lehrbuch des Strafrechts. Zweite Ausgabe. Göttingen 1833.

3) Lehrbuch des Teutschen gemeinen Criminal-Rechts, mit be-

der Bestrafung widerrechtlicher Ehrenkränkungen enthält das teutsche gemeine Recht die doppelte Regel, daß I. nur mit einer von den zwei Strafgattungen, der öffentlichen, oder der Privat-Strafe, nicht aber mit beiderley Ahndungen zugleich, derselbe Fall (?) dieses Privat-Verbrechens belegt werden dürfe; daß II. die Befugniß zwischen beiden zu wählen, dem jedesmaligen Beleidigten allein gebühre."

Am unbestimmtesten und ganz im Widerspruche mit den Bestimmungen der Gesetze drückt sich

6) Weber[1]), welcher sich um diese Lehre so große Verdienste erworben, S. 78 und 79 aus, indem er sagt: „Immer bleibt es aber in unsern Gesetzen eine ausgemachte Regel, daß beides, öffentliche und Privatstrafe, dem Schuldigen (?) nicht zugemuthet werden kann, daß es vielmehr, wenn ihm eine dieser Strafen zuerkannt worden, eben dadurch (?) von der andern gänzlich befreit wird" (?) — Hiermit sind, außer Andern, zu vergleichen: Pothier Pand. Justinian. Tit. de obl. et act. Art. 2. n. 70. — Mathaeus de crimin. Tit. de furtis, IV. 3.

Faßt man die Darstellungsweise dieser verschiedenen Doctrine zusammen, so findet man sie in dem Punct

---

sonderer Rücksicht auf das im Jahre publicirte Strafgesetzbuch für das Königreich Baiern. Heidelberg, 1820.

1) Ueber Injurien und Schmähschriften. Zweite Abtheilung. Vierte unveränderte Auflage. Leipzig 1820.

wieder vereinigt, daß eine Injurie mit einer öffentlichen und Privatstrafe nicht geahndet werden könne, daß neben jener diese nicht zulässig und, wie v. Grolman a. a. O. sagt, daß für den Richter die Möglichkeit ausgeschlossen sey, auf eine öffentliche Strafe zu erkennen, wenn eine Privatklage gewählt worden — es sey denn, daß die oben angeführten Ausnahmsfälle ein Anderes erheischten. Diese Behauptungen würden aber nicht nur dem allegirten fr. 1. §. 9. D. 47, 10 entgegenstehen, sondern sie würden auch, wie bereits bemerkt, zu dem Resultate führen, daß wenn mehre unmittelbare Injurien concurriren, doch nur eine derselben bestraft werden dürfe.

Auf den Einwurf, daß wenn eine oder mehre mittelbare Injurien mit einer unmittelbaren, oder wenn mehre mittelbaren Injurien zusammentreffen, verschiedene Rechtssubjecte gekränkt worden seyen und daher keine Ausnahme des Grundsatzes der alternativen Bestrafung involvirten, läßt sich weiter erwidern

II. daß dieser Einwurf der Doctrin zurückgegeben werden könne, und ganz auf sie zurückfalle. In den von ihr gegebenen Fällen, wo ausnahmsweise neben und gleichzeitig mit der Privatstrafe die öffentliche Strafe Platz greifen solle, sind auch ganz verschiedene Rechtssubjecte vorhanden, welche diese verschiedenen Strafen fordern: das eine findet sich im Staate vor, das andere gibt sich in der beleidigten Privatperson selbst zu erkennen. — In einer genauen und umfassenden Aufzählung der Ausnahmsfälle, wie diese seither als solche anerkannt worden und

in welchen beide Strafarten gesetzlich sich vertragen, dürften daher die hier nachgetragenen Fälle eben so gut sich geltend machen dürfen; und damit zugleich die Ansicht mancher Practiker berichtigen, daß das von den Rechtslehrern aufgestellte Register ein vollständiges sey.

Ueber die Delation und Relation des Eides, sowie die Gewissensvertretung, als Handlungen im Beweisverfahren, vorzüglich beleuchtet mit Beziehung auf die Frage: Kann zur Führung des eigentlichen (s. g. directen) Gegenbeweises niemals der Eid gebraucht werden?

Es soll nach der Doctrin der Gegner der Beweispflichtigen Parthie das directe Gegentheil des Beweissatzes zwar durch alle erlaubten Beweismittel darzulegen befugt seyn; unerlaubt dagegen soll es seyn, dieses Gegentheil durch Eidesdelation an seinem, zur Führung des Vorbeweises verbundenen, Gegner zu juristischer Wahrheit erheben zu dürfen. Die Rechtfertigung des letzten Theils dieses Lehrsatzes wird theils auf die positive Gesetzgebung verwiesen, theils entlehnt sie ihre Gründe aus der Natur der Sache.

Diejenige Gesetzgebung, aus welcher unser bürgerlicher Prozeß seine vorzüglichen Grundsätze entnimmt [1]) und welche

1) Daß nach römischem Rechte die Eidesdelation zur Führung des

diese Frage ex professo entscheidet, ist nicht reichhaltig und sie erörtert namentlich solche nicht in den möglichen Fällen und Beziehungen, in welchen sie öfters beantwortet werden muß. Es sagt die einzige hierüber vorhandene Stelle:

Cap. 2. X. 2. 19.

Sicut consuetudo laudabilis: Sane quoniam apud vos consuetum esse didicimus, ut cum aliquis intentionem suam fundaverit instrumentis, aut testibus, ei sacramentum nihilominus deferatur: quod si subire noluerit, fides probationibus (probationis) non habetur. Nos (cum tunc demum ad hujusmodi sit suffragium recurrendum cum aliae legitimae probationes deesse noscuntur) talem consuetudinem reprobamus.

Dieses Gesetz handelt blos von dem Falle, wenn der Beweisführer seinen Anspruch bewiesen, daher das Beweisthema vollkommen erschöpft hat. Er soll dann, wenn er nicht wollen sollte, nicht verbunden seyn, das bereits Bewiesene auch noch auf andere Art darzuthun, namentlich nicht

---

directen Gegentheils ohne Beschränkung zuläſſig war, legt, außer Anderm, klar: Fr. 25. §. 1. D. 13. 5. Si iureiurando delato deberi tibi iuraveris, quum habeas eo nomine actionem, recte de constituta agis; sed et si non ultro detulero iusiurandum, sed referendi necessitate compulsus id fecero, quia nemo dubitat, modestius facere, qui referat, quam ipse iuret etc. Delation und Relation des Eides sind hier als zwei verschiedene Mittel zum Zweck der directen Gegenbeweisführung bezeichnet.

verbunden seyn, das Bewiesene durch Ausschwörung eines ihm angetragenen Eides nochmals zu bestärken. Dieser Grundsatz (so hat man zum Theile zu deduciren gesucht) fließt ganz consequent aus der Doppeleigenschaft des Eides. Betrachtet man denselben einmal als Vergleichsmittel, so muß dessen Anwendung cessiren, weil bei dem Daseyn des Beweises die problematische Ungewißheit über das Vorhandenseyn des gebildeten Anspruchs aufgehört hat, Vergleiche aber nur über ungewisse Ansprüche rechtlich möglich sind. Soll der Eid aber als Beweismittel[1]) dienen: so ist der Zweck dieses Mittels durch die bereits geschehene und gelungene Beweisführung erreicht, daher dieses Mittel überflüssig und unnütz, wenigstens der Beweisführer, der seinen processualischen Verpflichtungen vollkommen entsprochen hat, nicht verbunden, ein Mehres zu thun.

Allein das Gesetz steckt dieser Verpflichtung nicht unbedingt da die Gränze, wo der Beweis vollständig geführt ist; es macht die berechtigte Verweigerung des von dem Gegner angetragenen Eides vielmehr davon abhängig, daß Demjenigen, welcher den eigentlichen (directen) Gegenbeweis durch diesen Eid führen will, andere von den Gesetzen gestattete, Beweismittel fehlen (cum aliae legitimae pro-

1) Wenn auch methaphysisch unrichtig, den Eid selbst ein Beweismittel zu nennen, so dient es doch zur Kürze und Klarheit, diese Benennung hier beizubehalten. Das Ergebniß des Inhaltes des Eides, der Zeugenaussagen ꝛc. liefert den Beweisgrund, und dieser kann im Prozesse nur ein factischer seyn. Was Gensler (Archiv für civil. Praxis) juristischen Beweisgrund nennt, ist Urtheil, welches sich auf den (factischen) Beweisgrund stützt.

bationes[1]) deesse noscuntur), denn, träte der Fall ein, daß man auf den Gebrauch der Eideszuschiebung verwiesen

---

1) Daß unter: „probationes" hier nur die Mittel zur Gegenbeweisführung verstanden seyn können, sollte keinem Zweifel ausgesetzt werden; denn nur durch diese Annahme erhält die Stelle Sinn und Bedeutung, und diese Auslegung wird man um so weniger beanstanden, als es an anderen Stellen nicht fehlt, in welchen: probare unbestreitbar und unbestritten für reprobare (oder auch: improbare) steht und gebraucht wird. c. 1. C. ad leg. Corn. de sicar. — c. 5. C. de peric. tut. — Zu dieser Interpretation wird man mit Nothwendigkeit geführt, weil

a) dieser Eidesantrag als Parthieenhandlung und weil vollständiger Beweis unterstellt ist, kein Notheid seyn kann.

b) es außerdem als eine prozessualische Unnatürlichkeit erscheinen würde, wenn der Gegner des Beweisführers Mittel vorschlagen wollte, welche zur Erbringung dessen Beweises abzweckten. Als Beweismittel würde es ohnedieß als unerlaubte Cumulation dastehen.

c) e contrario sich dann würde behaupten lassen, daß der Product — mit Ausnahme des Eides — den Producenten, welcher voll bewiesen, zwingen könne, seinen Beweis immer noch höher zu steigern. Hätte dieser daher z. B. durch Urkunden vollständigen Beweis erbracht, so könnte der Product noch Zeugen ꝛc. benennen, wodurch jener seinen Beweis noch mehr vervollständigen sollte. Es würde endlich

d) der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes gar nicht bedurft haben, und der Producent beliebig und ohne Nachtheil den angetragenen Eid schon zufolge allgemeiner Grundsätze hätte verweigern können, indem er sich darauf zu berufen berechtigt gewesen wäre, er habe vollständig bewiesen und mehr sey seinerseits und vorerst nicht erforderlich, um die Begründung seines erhobenen Anspruchs anerkannt zu sehen.

sey (tunc demum ad hujusmodi sit suffragium recurrendum): so solle — geht man auf den durch das Gesetz ausgesprochenen Grundsatz zurück — der Beweisführer sich der Delation des Eides von Seiten seines Gegners nicht entziehen dürfen. Die Ausnahme, oder besser die Beschränkung, der Eideszuschiebung, welche hier das Gesetz macht, ist strenge genommen nichts Eigenthümliches, vielmehr enthält diese Bestimmung nur eine wiederholte Bestätigung derjenigen Grundsätze, welche die fremden Gesetze über den Gebrauch des Eides als Beweismittel überhaupt aufstellen. Der Eid war sowohl nach römischem, als canonischem, Rechte blos subsidiarischer Natur [1]), es durfte daher von solchem nur dann Gebrauch gemacht werden, cum tunc demum ad hujusmodi sit suffragium recurrendum. Die Praxis der Gerichte und zum Theil die Particularrechte [2]) lassen jedoch in Benutzung dieses Beweismittels freiere

---

Eine reprobatio ist auch eine probatio, insoferne man mehr das Resultat dieser Handlung als Zweck derselben ins Auge faßt, als auf den Standpunct der Partheien und die Art und die Ordnung, wie und in welcher dieser Zweck erreicht werden soll, vorziehende Rücksicht nimmt.

1) Cap. 26. X. in fine jurejurando 2. 24. — Linde Abhandl. I. S. 77. Derselbe Abhandl. im Archiv f. civil. Praxis VI. S. 195. Note 17. — Leyser Spec. 137. M. 5. Pratobevera Materialien S. 153. Auch die Hessen-Darmstädtische Civilprozeßordnung von 1724 Th. II Tit. 5. §. 3. schreibt noch mit Bezugnahme auf die in Ansehung der Consistorialsachen erlassene Verordnung von 1709, welche gleiche Grundsätze aussprach, vor daß „das Juramentum litis decisorium anderst nicht, als wann der deferens einige scheinbare Indicien beigebracht und erwiesen, solche aber weder zum purgatorio, noch suppletorio hinlänglich seynd, Platz haben solle."

2) Z. B. im Großherzogthum Hessen zufolge der Verordnung vom 17. März 1797 §. 2. S. auch v. Kamptz Meklenburg Civilpr. 1822. §. 85 und N. 1.

Wahl [1]); allein unsere geachtetsten Prozeßlehrer erkennen diese Wahl nur in so ferne an, als mit dem Eide ein eigentlicher Beweis, oder ein s. g. indirecter (uneigentlicher) Gegenbeweis geführt werden soll; die Führung des eigentlichen (s. g. directen) Gegenbeweises soll durch Eideszuschiebung nicht bewerkstelligt werden dürfen [2]). — Gründe der Rechtfertigung dieser Lehre kann das oben allegirte Gesetz, auf welches man sich jedoch beruft, nicht liefern, denn dieses verbietet ja eine Beweisführung der Art nur unter einer Beschränkung und selbst dieses Verbot fällt mit der nunmehr aufhörenden Beschränkung von selbst weg. Anders würde man an eine größere Freiheit geringere Folgen knüpfen und nur beschränktere Wirkungen gestatten, diese daher mit Ursache und Grund in Widerspruch setzen.

Würde kein Gesetz vorliegen, welches den Gebrauch dieses Beweismittels zu dem besprochenen Zwecke erlaubte, man würde vielleicht nie die Statthaftigkeit des Gebrauchs in Zweifel gezogen haben. Erlaubte aber auch ein Gesetz

---

1) v. Linde, Just. Timoth. Balth.. Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses. Fünfte Auflage. Bonn, 1838. Glück Comment. XII. §. 800. Schirach Beiträge zur Anw. d. R. S. 142.

2) v. Linde a. a. O. §. 236. Derselbe im Archiv f. civil. Praxis VI. S. 195. Gollmann Grundl. einer Theorie der Beweislast im Civilprozeß S. 74. §. 50. Schneider vollst. Lehre vom rechtlichen Beweise in bürgerlichen Rechtssachen, Gießen 1803. S. 383. Bayer Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilproceß, mit Beziehung auf Martin's Lehrbuch S. 334, 394 unter Nr. 5. Gensler im Archiv für civil. Praxis I. S. 155 ff. N. XII. v. Grolmann Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten §. 92. S. 138 lit. b.

nicht ausdrücklich, wie es der Fall ist, den Gebrauch, so würde es wohl nicht schwierig seyn, diesem ein rechtliches Fundament zu verschaffen. Im Allgemeinen genießen beide Theile gleiche Rechte im Prozesse, und wenn Unterschiede Statt finden, so treffen sie am wenigsten nachtheilig den Beklagten; — ganz insbesondere stellt sich dessen Lage bei der Beweisführung günstig dar. Räumt man aber selbst dem Kläger die Befugniß ein, den Beweis durch Eideszuschiebung an den Beklagten zu führen, so kann die rechtliche Gleichheit der Partheien keinen Grund zugeben, welcher es rechtfertigen könnte, dem Beklagten zu versagen, seinen Gegenbeweis durch Eideszuschiebung an den Kläger und Producenten zu führen. Will man dieses nicht zugeben, so läßt sich nicht erklären, warum man dem Beklagten das Recht zusprechen kann, den indirecten (uneigentlichen) Gegenbeweis durch Eidesdelation darzuthun, uud dennoch wird dieses Recht von Niemanden bezweifelt. Nur auf die Pflicht zur Beweisführung selbst können diese verschiedenen Arten der Gegenbeweise verschiedene Regeln und Grundsätze Einfluß äußern lassen, wohlbegründete Rechte der Partheien dürfen aber in keiner Beziehung eine Aenderung und Beeinträchtigung erleiden. Wenn dies nicht bezweifelt wird, so wird man nicht verabreden können, daß die Ausschließung des eigentlichen Gegenbeweises durch Eidesdelation diesen Prämissen geradezu entgegen läuft. Der Beklagte ist nicht weniger interessirt, seine Behauptung, wenn dieselbe eine blos negative Einlassung enthält, zu beweisen, wie eine wahre Einrede, denn hat der Kläger vollständig Beweis geführt, so wird Beklagter, gleichviel ob es ihm mißlang, directen, oder indirecten Gegenbeweis zu führen, in der Hauptsache verurtheilt. Aber auch eben so, wie sich der Kläger gefallen lassen muß, nach vollständig bewiesenem Klagegrund, sich über die Eidesdelation in Betreff einer Ein-

rede zu erklären, eben so ist er verbunden, sich über den Eidesantrag zur Führung des eigentlichen Gegenbeweises auszusprechen, es kann ihn gleich wenig sein bereits geführter Vorbeweis befreien, wie es der Fall ist, wenn ein indirecter Gegenbeweis geführt wird — dies aus dem einfachen Grunde nicht, weil diese Eidesdelation nicht allein zur Führung seines Beweises (die ihm rechtlich obliegt und nur dann vollständig bewerkstelligt worden ist, wenn keine Gründe entgegenstehen), sondern zugleich zur Führung des Gegenbeweises, worauf der Beklagte, wenn auch keine Verpflichtung, doch ein gleich vollwichtiges Recht hat, vorgenommen wird, und weil weiter der Beklagte fordern kann, daß alles dasjenige zur Erörterung kommt, was in dem gegen ihn anhängigen Prozesse von relevantem Einflusse ist. Der Kläger hat nur dann vollständig bewiesen, wenn er das Beweisthema erschöpft und kein Gegenbeweis versucht, oder der versuchte mißlungen ist. Den Beklagten aber von dem Gebrauche eines Beweismittels ausschließen, hieße den Kläger ungleich begünstigen, da man ihm gestattet, sich des nämlichen Beweismittels behufs seiner Klage ꝛc. gegen den Beklagten zu bedienen. Nur Gleichheit, keine Bevorzugung, hat er anzusprechen — und jene wird auch dadurch nicht verletzt, daß er dem Beklagten den Eid weder zurückschieben, noch sein Gewissen mit Beweis vertreten kann; es stand ihm frei, seine Beweisantretung innerhalb der Beweisfrist mit eventueller Eidesdelation zu verbinden und alle Handlungen vorzunehmen, welche zur Herstellung seines Beweises dienen konnten.

Auch dürfte dagegen nicht erwidert werden können, daß Kläger, welcher vollständig bewiesen hat, hiernach mehr als schuldig, beweisen müßte, und daß im Falle der Annahme und Ausschwörung des Eides dieser unnöthig abgeleistet wor-

den ist; denn hierauf muß man wiederholen, daß der Kläger (Beweisführer) vor Entfernung der Hindernisse, welche der Annahme seines Beweises entgegen gestellt worden, somit vor Herstellung seines Beweises, solchen nicht wirklich erbracht hat und daß die Ausschwörung nicht zum Zwecke seiner Beweisführung allein verlangt wird, sondern daß er diese Ausschwörung zugleich dem Rechte des Beklagten verschuldet, wenn sein ihm zustehender Gegenbeweis als nicht geführt, ja sogar als aufgehoben betrachtet werden soll. Die Ersparung des Eides, wenn man dieser auch wo möglich das Wort reden soll, darf doch nicht so weit ausgedehnt werden, daß sie mit begründeten Rechten in Collision kommt; diese würde aber gewiß dann nicht gehoben werden können, wenn man dem Beklagten seine Beweis- sonach seine Vertheidigungs-Mittel entzöge und ihn in dieser Hinsicht ungehört verurtheilte.

Allein es ist nicht einmal die Zuschiebung des Eides immer eine überflüssige Handlung zu nennen, für welche sie auch Gensler a. a. O. erklärt und darum auf die Seite der gewöhnlichen Meinung tritt. Nicht immer wird der von dem Gegenbeweisführer zugeschobene Eid ausgeschworen werden. Verweigert der Beweisführer aber die Ableistung, so muß der Beklagte gewiß absolvirt werden, man mag nun jenen als Zeugen ansehen, oder dem Eidesantrag die Eigenschaft eines ordentlichen Beweismittels beilegen. Wollte man in einem solchen Falle der Eidesverweigerung diese Folge absprechen, so könnte und müßte man nur ohne Widerspruch weiter behaupten, daß wenn der Beweispflichtige einmal vollständigen Beweis erbracht hat, dem Beklagten und Gegenbeweisführer auch dann nicht mehr geholfen und er verurtheilt werden müßte, wenn jener ausdrücklich und etwa freiwillig die Erklärung abgäbe: Ich habe zwar bewiesen, denn es haben zwei classische Zeugen meine Behauptung

bewahrheitet, allein die Aussagen der Zeugen könnte ich nicht beschwören, denn ich weis ganz bestimmt, daß dieselben in Betreff des Factums in einem offenbaren Irrthum befangen sind. Diese Erklärung, dem Gegner vor Gericht abgelegt, würde zwar ein Geständniß enthalten, welches freilich nicht als Partheihandlung das Product einer Gegenbeweisführung zu betrachten sey, dem man aber doch die Wirkung einer solchen einräumen müßte; die Rechte des Beklagten (Producten) könnten daher in diesem Falle gewahrt werden. Würde aber dieses Geständniß außergerichtlich, etwa blos dem Beklagten gegenüber, abgelegt, dann hätte derselbe kein Mittel, eine Thatsache zur Sprache zu bringen, die er zu beweisen im Stande und die er zu beweisen berechtigt ist, um sich gegen den Angriff des Klägers zu vertheidigen, eine Vertheidigung zu versuchen, deren Gelingen für ihn den wichtigen Unterschied zwischen Verurtheilung und Lossprechung involvirt. Und diese Vertheidigung ist sein wohl begründetes Recht, er hat ein Gesetz dafür aufzuweisen, welchem der Gerichtsgebrauch und mitunter auch Par- cularrechte eine noch viel ausgedehntere Bedeutung eingeräumt haben. — Der Kläger soll nicht mehr, als beweisen, allein er soll vollständig beweisen, wenn seiner Behauptung die vollständigen Wirkungen einer bewiesenen beigelegt werden sollen. Die Beurtheilung hierüber ist aber nicht auf das Intresse des Klägers allein fixirt, nicht allein Dasjenige, was er in solchem gehandelt hat, bestimmt die Kraft, die zu beurtheilen ist; ihre Stärke ist bedingt durch ihr Daseyn und dessen Umfang bestimmt die Gränze, welche der Beklagte anzuweisen hat. Stellt man mit Gönner[1]) und Gensler a. a. O. die Behauptung auf, daß dasjenige, was bereits voll bewiesen, eines nochmaligen Bewei-

1) v. Gönner Handbuch. Zweite Aufl. 1804. Bd. II. Abhandl. 50. §. 2.

ses, oder dessen Verstärkung, nicht bedürfe, so hat man, die Sache von ihrer einen Seite beleuchtet, vollkommen recht; will man aber aus dieser Wahrheit die Folge ziehen, daß der geführte Beweis und dessen Stärke nicht erschüttert und aufgehoben werden könne und dürfe, so würde man nicht mehr von dieser Prämisse aus schließen, man würde vielmehr einen Schluß auf Etwas übertragen, für welches die Prämisse gar nicht aufgestellt ist. Der Beweisführer, welcher seinen Beweis vollständig erbracht hat, soll keineswegs dadurch, daß ihm der Eid über das directe Gegentheil des Bewiesenen angetragen wird, nochmals beweisen, oder den Beweis verstärken: — dies liegt gar nicht in dem Willen des Gegenbeweisführers, seine Absicht ist vielmehr darauf gerichtet, dem vorhandenen Beweise seine Stärke zu entziehen und sein Daseyn, oder vielmehr seine Wirkung, aufzuheben[1]. Das Erkennen über die Beweispflicht und das

1) Der Gesichtspunct, daß der Gegenbeweis nur die Verhinderung, keineswegs aber die Vernichtung der entgegenstehenden Behauptungen zum Gegenstande haben könne, weil etwas noch nicht Existirendes auch nicht vernichtet werden könne und weil der geführte Gegenbeweis die Existenz der Gewißheit ausschließe, ist zuerst von v. Linde (Abhandlungen aus dem deutschen gem. Civilprozesse, Bonn 1823, Bd. I. S. 56 — 61) aufgestellt worden. — Betrachtet man die Ergebnisse der gegenseitigen Beweisführungen an und für sich und ohne allen Einfluß auf einander, dann nur könnte man von einem Beweise und Gegenbeweise reden. Stellt man aber das Resultat der Beweis- und Gegenbeweisführung in das abwägende Verhältniß: so kann das Urtheil nur annehmen, daß entweder der Beweis ganz, oder zum Theil vorhanden sey, oder daß es an dem Beweise mangele. — Der s. g. Gegenbeweis hat nur zum Gegenstande, nachzuweisen: daß der Ausschluß des Widerspruchs der zu beweisenden Thatsache nicht anzunehmen sey, oder: daß der Widerspruch wirklich bestehe.

entscheidende Urtheil darüber, in wie weit dieser Pflicht Genüge geleistet worden, liegt ohnedieß außerhalb der Sphäre der Partheien, der Ausspruch steht dem Richter, wenn er in einem nicht gewillkührten Prozesse thätig ist, allein zu; — die Parthei aber, welche zum Zwecke ihrer Gegenbeweisführung dem Gegner den Eid zuschiebt, maßt sich hierüber kein Urtheil an, sie trägt denselben nicht als ein weiteres Beweismittel an, sondern sie bedient sich des Eidesantrags nur zur Führung ihres Gegenbeweises, wozu sie rechtlich befugt, und, will sie nicht verurtheilt werden, auch genöthigt ist. — Wollte man dem v. Gönnerschen Grundsatze consequente Anwendung gestatten, so würde dieser sich mit den anerkanntesten processualischen Principien nicht vereinbaren lassen — man würde dann analog diesem Grundsatze behaupten können, daß ein Eid zum Zwecke der Führung eines Vorbeweises gar nicht deferirt werden dürfe, oder — was in den Folgen zu gleichem Resultate führen würde — daß der Delat die Ausschwörung desselben ohne Nachtheil verweigern könne. Der Grund, weshalb dem angreifenden Theile der Beweis aufgelegt wird, liegt darin, weil er die Wahrheit derjenigen Thatsache darthun soll, auf welche er seinen Anspruch gründet [1]), diese Wahrheit aber die

1) Das zeigen z. B. Fr. 10. D. 22. 5. c. 10. C. 4. 20. Gensler im Archiv für civ. Praxis Bd. I. Nr. III. S. 28. — Allen Behauptungen, welche zu beweisen sind, steht der Widerspruch des Nichtwahrseyns entgegen, und dieser Widerspruch ist es ursprünglich allein, welcher durch die Führung des Beweises in der Art aufgehoben werden soll, daß man zu einem nothwendigen Schlusse zur Annahme des Gegentheils dieser contradictio genöthigt werden muß. Diejenige Thatsache, in Betreff deren der Beweis auferlegt wird, bildet, strenge genommen, gar nicht den Gegenstand des Beweises, wenn sie auch als Gegenstand der Beweisführung erscheint; der Gegenstand

Entfernung desjenigen Widerspruchs bedingt, welcher einer jeden Thatsache entgegensteht, und die Annahme der

---

ist vielmehr gerade das Entgegengesetzte des Beweissatzes, weshalb der Beweis zu führen ist — es beruht in der nicht entfernten gleichen Gewißheit des Gegentheils des zu beweisenden Factums, welches Gegentheil in der Art entfernt werden soll, daß ein nothwendiger Schluß zur Annahme der zu erweisenden Thatsache führt: denn nur dann, sagt man, sey der Beweis erbracht. Durch den Beweis soll nur der Grund beseitigt werden, welcher dessen Führung nöthig macht, dies ist sein nächster Zweck, das Beweisthema schreibt die Bedingung vor, unter welcher dieser Zweck erreicht werden kann. Ist jener Grund ohne Beweisführung schon beseitigt, so wird auch kein Beweis auferlegt und kein Beweis geführt. Beispiele liefern Geständniß, Vermuthungen, Notorietät. — Alle Beweise sind daher, ihrem vollen Resultate nach, nichts Anders, als nothwendige Schlußfolgerungen und das Bewahrheitete ist hierzu nur Mittel, nicht der Gegenstand selbst. Wenn A behauptet, dem B ein Dahrlehn vorgeschossen zu haben und dieser widerspricht, so steht der Behauptung des A gerade nicht eine Vermuthung entgegen, wohl aber wird die Wahrheit seiner Forderung durch diesen Widerspruch ungewiß. Bewahrheitet A das Darlehn durch Beweis, d. h. hat er dargethan, daß die Möglichkeit, das Darlehn nicht vorgeschossen und vorgeschossen zu haben, nicht gleichzeitig und miteinander bestehen könne, dann hat er jenen Widerspruch entfernt; das Entgegengesetzte muß nun seine Stelle einnehmen — und der Verstand spricht zufolge dieses Schlusses. Im Reiche der Ungewißheit können überhaupt nur Schlußfolgerungen zur Annahme der Wahrheit führen — alle Beweise werden daher im Sinne der juristischen Sprache nur künstlich geführt. — Wenn X darthut, daß er an einem anderen Orte zu der Zeit gewesen, welche die mit seinem Namen unterschriebene Urkunde angibt, so sagt man, er habe directen Gegenbeweis künstlich geführt, wenn sich die Unmöglichkeit ergibt, daß er zu derselben Zeit an diesen verschiedenen Orten gewesen seyn konnte. Das Urtheil ruht auf

Thatsache zuerst dann zuläßt, wenn der Ausschluß dieses Widerspruches nachgewiesen ist [1]) und welcher Widerspruch dem Beklagten schützend zur Seite steht und ihn so lange schützt, als er selbst nicht entfernt wird. Er erzeugt für ihn die Wirkung, daß er bis dahin nicht verurtheilt werden kann. Trägt ihm nun der Producent den Eid an, so könnte er mit gleichem Rechte, welches die hier bestrittene Ansicht dem Producenten, welcher Beweis geführt hat, in obigem Falle einräumt, sich auf den dem Beweisführer entweder entgegenstehenden, oder dem Producten zur Seite stehenden Widerspruch berufen und zu eben dem Zwecke behaupten, daß er diesen Widerspruch aufzuheben, beziehungsweise zu verstärken nicht verpflichtet sey. Diese Ansicht würde eben so einseitig seyn in diesem, wie in jenem Falle. Der Produ-

---

demselben Grunde in diesem Falle, wie in jenem. Die doctrinelle Eintheilung in natürlichen und künstlichen Beweis ist daher nicht allein überflüssig, sondern sogar unrichtig. Will man aber den Prozeß, welcher der Annahme eines jeden Beweisgrundes vorausgeht, analysiren, so erklärt ihn unsere Darstellung auf einem weit kürzeren Wege, als auf dem, welchen Gensler (im Archiv für civ. Praxis S. 35. N. **) geöffnet hat. Auch ist jene Erklärung vollständiger, denn sie läßt sich nicht blos anwenden auf denjenigen Beweis, welcher seither ausschließend der künstliche genannt wurde, sondern auch auf den s. g. natürlichen Beweis sind deren Grundsätze anwendbar.

1) Die Lehre, welche den Grund der Pflicht, den Beweis der behaupteten Thatsache zu liefern, darin sucht, daß für das Gegentheil der behaupteten Thatsache die Vermuthung streite, ist unrichtig — da die Vermuthung selbst ein Urtheil ist, welches sich nur auf Gründe stützen kann, wenn es selbst vorhanden seyn soll, Gründe einer Annahme aber niemals die bloße Möglichkeit ihres Vorhandenseyns abgeben können. Andere Darstellung s. bei v. Grolman: Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 81 a u. 81 b.

cent schiebt den Eid nicht zu, damit der Product die Vermuthung verstärke, er will eben so Beweis führen, wie dort der Product den Gegenbeweis.

Gestattet man aber dem Kläger und Producenten, seinen Beweis durch den Beklagten mittelst Eidesdelation zu führen, so steht kein Grund entgegen, wohl aber fordert es schon ganz im Allgemeinen die Gleichheit der Parthieenrechte, daß man dann auch dem Beklagten gestattet, durch dasselbe Beweismittel seinen Gegenbeweis zu führen.

Diese Forderung leitet ihr Recht aber nicht allein aus allgemeinen Grundsätzen ab, es wird auch durch die Gesetze bestätigt. Das angeführte cap. 2. X. 2, 19. enthält einmal nicht, selbst nicht unter der oben angeführten und nunmehr weggefallenen, Beschränkung ein Verbot[1]), zur Führung des directen Gegenbeweises sich der Eideszuschiebung bedie-

1) Daher drückt sich auch v. Grolman (Theorie des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten §. 92) richtiger, als viele seiner Nachfolger, aus; indem er sagt: „Es ist ferner Folge aus jenem Grundsatze" (daß der Eid beweisen soll) „daß derjenige, welcher seinen Beweissatz schon bewiesen hat, den über das directe Gegentheil ihm deferirten Eid nicht auszuschwören brauche". Diese Darstellung (unrichtig jedoch näher erläutert in §. 96 a. E., vergl. auch §. 192, woselbst ebenfalls die Unzulässigkeit unterstellt wird) schließt die Statthaftigkeit der Eideszuschiebung an und für sich nicht aus und ist mit einziger Rücksicht auf die berührte Stelle ganz richtig zu nennen; der Gesichtspunkt, unter welchen dieser Grundsatz gestellt ist, kann jedoch der richtige nicht genannt werden; denn nicht deßhalb, weil der Producent den Beweis geführt hat, braucht derselbe den deferirten Eid nicht auszuschwören, sondern weil der Eid nach canonischem Rechte ein subsidiarisches Beweismittel war, mit dem Grunde fällt aber auch dieser Grundsatz nunmehr weg. — Weiter, als der canonische Gesetzgeber, ge-

nen zu dürfen; vielmehr kann man aus diesem Gesetze selbst die Statthaftigkeit dieses Beweismittels zu diesem Zwecke ohne Schwierigkeit darlegen. Es spricht in den Worten: „quod si subire noluerit“ gewiß ganz unzweideutig, aber nur das aus, daß wenn der Beweisführer sich der Eidesleistung nicht unterziehen wolle, der von ihm geführte Beweis nicht an seiner Glaubwürdigkeit beeinträchtigt werde (fides probationibus (probationis) non habetur) etc. „Nos talem consuetudinem reprobamus).“ Das Gesetz stellt es daher in den Willen des Beweisführes, ob er den angetragenen Eid ausschwören wolle, oder nicht, mithin erlaubt es unbestreitbar die Eideszuschiebung selbst. Die Zeit, in welche das Wort: „noluerit“ (wenn er nicht würde haben schwören wollen) gestellt ist, zeigt deutlich, daß der Beweisführer vorerst seinen Willen, ob er schwören wolle oder nicht, erklärt haben müsse, ehe die Zuschiebung des Eides für nicht statthaft gehalten werden solle, es erlaubt ihm, den Eid zu verweigern und den Eid auszuschwören, und es erlaubt die Zuschiebung des Eides, sowie die Erklärung über die Ausschwörung und diese selbst, nicht blos im Interesse des Gegenbeweisführers, sondern im Interesse beider Theile. Der Beweisführer hat mit den ihm gelungenen Beweishandlungen nur Beweis erbracht, keineswegs aber den Ge-

---

hen manche Particulargesetzgebungen. So sagt das Gesetzbuch über das gerichtliche Verfahren in Civilrechtssachen für die Stadt und Republik Bern von 1821 Art. 175: „Der Richter soll nie gestatten, daß eine Parthei den von der andern geführten Beweis dadurch zu entkräften suche, daß sie den Beweis von Thatsachen übernimmt, die mit Thatsachen im Widerspruche sind, über welche die andere Parthei in der Verhandlung wirklich einen Beweis geführt hat.“ Mittermaier im Archiv für civil. Praxis Bd. VI. S. 347 f. Note 24.

genbeweis aus dem Wege geräumt, es kann denselben aber recht gut interessiren, von einem ihm dargebotenen Mittel Gebrauch zu machen, um auch dieses zu bewerkstelligen, wie sich weiter unten klar darlegen wird. Die entgegenstehende Ansicht beeinträchtigt daher die Rechte beider Theile, und man beruft sich zur Begründung dieser Ansicht auf ein Gesetz, welches diese Rechte gerade sanctionirt. —

Das Ausgeführte erklärt nunmehr auch ganz einfach den Sinn der Summa der erwähnten Stelle. Ihre Worte sind:

Actor, qui plane probavit, non debet compelli jurare.

Daß in diesen Worten, will man nicht diejenigen des Textes: „ei sacramentum nihilominus deferatur“ ignoriren, sondern, wie es die Natur der Sache erfordert, diese Worte als nähere Bezeichnung des Sinnes und der Bedeutung der genannten Summa betrachten, auf einem Nothеide, etwa dem Ergänzungseide, nicht hingedeutet seyn kann, möchte wohl außer Zweifel stehen, da von einer Eidesdelation des Richters keine Rede seyn kann. Daß eine Gewohnheit bestehe, in Gemäßheit deren ein vollständiger Beweis durch den Richter ergänzt werden solle, enthält die Stelle nicht.

Bleibt man dagegen ganz bei den Worten der Summa selbst stehen, so sagen sie ganz klar:

Der Kläger, welcher voll bewiesen hat, soll nicht genöthigt werden, zu schwören, zur Ableistung des Eides finde nicht einmal ein relativer Zwang Statt.

Dasselbe sagt nun auch wieder der Text der Stelle, aber auch nicht mehr und nicht weniger, wenn auch in sol-

chem das Verhältniß näher erörtert wird. Daß der Kläger nicht schwören dürfe, sagt die Stelle nicht, sie sagt auch nicht, daß ihm der Eid nicht zugeschoben werden könne. Würde selbst die Summa sich so ausdrücken: Actor etc. non debet jurare, dann selbst würde die Zuschiebung des Eides nicht absolut unstatthaft zu betrachten seyn, diese Worte ließen immer noch die Auslegung zu, daß der Kläger nur nicht verpflichtet sey, zu schwören und diese Auslegung dürfte die erläuternden Worten der Gesetzesstelle gebieten. Anders würde es sich verhalten, wenn, was jedoch nur durch Erzeugen eines Widerspruchs mit der Stelle selbst geschehen könnte und dann wieder durch jene Berichtigung erhalten müßte, gesagt wäre: Actorem non licet jurare, actor non admittatur ad juramentum, actori non permittendum est, jurare. — Wollte jedoch die Summa die Unstatthaftigkeit der Eidesableistung selbst aussprechen, dann würde sie diesen Umweg nicht einmal gewählt haben, sie würde gesagt haben, daß ein Eid nicht zugeschoben werden dürfe; denn würde die Eideszuschiebung selbst als unzulässig erklärt worden seyn, dann hätten sich alle Zweifel darüber, ob der Eid ausgeschworen werden dürfe, oder könne, von selbst gehoben. Gerade aber der Umstand, daß der Kläger nicht gezwungen werden solle, zu schwören (non debet compelli jurare) liefert e contrario den Beweis, daß der Eid für zulässig gehalten und zugelassen worden seyn mußte; denn wäre der Beklagte mit der Eidesdelation alsbald vom Richter abgewiesen worden, dann würde es eine offenbare Unmöglichkeit gewesen seyn, den Kläger zur Ableistung des Eides anzuhalten. — Er durfte den Eid schwören, was ihm unter Umständen von Vortheil seyn konnte, um den directen Gegenbeweis aufzuheben; wenn er diesen Vortheil jedoch nicht ansprechen wollte („si noluerit"), dann konnte er auf solchen, ohne Schaden an seinem Beweise

zu nehmen, verzichten, eine Willkühr, welche mit dem Aufhören der subsidiärischen Natur des Eides ihre engere Begränzung erhalten hat. Dieser Standpunkt aber ist es, welchen die Stelle dem Kläger einräumt: sein Recht würde nothwendig eine Beschränkung erleiden, wollte man in dieser Beziehung die Befugniß des Beklagten (Gegenbeweisführers) beschränken, oder aufheben [1]).

---

1) Hinsichtlich des Beweisführers findet man durch die Doctrin dessen Rechte gleichfalls auf Unkosten des Producten mehr beschränkt, als die Gesetze es gebieten, oder erlauben. Es ist nämlich nicht selten, daß behauptet wird, über fremde Facten könne kein Eid deferirt werden. So v. Grolman: Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, sagt §. 92. (vergl. mit §. 192 u. Note 1 das.): „Darum endlich kann kein Eid über Puncte deferirt werden, von welchen derjenige, dem der Eid zugeschoben wird, nichts mit Gewißheit wissen konnte (fremde Facten) — es sey denn, daß der Deferent von dem bloßen Glauben desjenigen, welchem der Eid deferirt wird, sein Recht abhängig machen wolle (juramentum de credulitate), in welchem Falle aber dieser Eid nur als ein außergerichtlicher zu behandeln seyn würde." Hier wird also der Eid über fremde Facten nur dann gestattet, wenn er als Glaubenseid ausgeschworen werden sollte. Hat er diese Natur nicht, dann kann er gar nicht deferirt werden. Dagegen sprechen aber ganz unzweideutig unsere Gesetze. Fr. 34. D. 12, 2. Jusjurandum et ad pecunias, et ad omnes res locum habet. Etiam de operis jusjurandum deferri potest: nec de injuria queri adversarius potest, cum possit jusjurandum referre. Quid tamen, si ideo dicat reus se liberatum, quoniam Stichum, quem promiserat, putat decessisse? Non erit tutus per relationem: et ideo ex hac causa putat Marcellus, et recte, aut remittendum ei jusjurandum, aut spatium dandum, ut certioretur, et sic juret." Der Eid kann demnach auch über fremde Facten deferirt, von dem Delaten an=

Hier ist es nun an seinem Orte, auf eine oben gegebene Behauptung wieder zurückzugehen und näher zu untersuchen, in wie weit solche gegründet ist. Man hat seither die Natur und das Wesen der Eideshandlungen im Prozesse,

genommen und de veritate ausgeschworen werden; denn dieser kann durch Erkundigung über diejenigen Thatsachen, welche ihm zur Zeit der Delation völlig fremd sind, völlige Aufklärung sich verschaffen, und in diesem Falle ist die Möglichkeit nicht die einzige, die Beendigung des Rechtsstreites von dem Glaubenseide abhängig zu machen. Ob jedoch der Delat zwangspflichtig ist, sich diese Aufkläung zu erwerben, ist eine ganz andere Frage, welche freilich verneint werden muß. Ein Richter handelt jedoch unbefugt, einen über fremde Thatsachen zugeschobenen Eid geradezu abzuweisen, selbst dann unbefugt, wenn es außer dem Bereiche der Möglichkeit liegt, daß der Delat allein sich Gewißheit über deren Wahrheit zu verschaffen im Stande ist, ein Fall, welcher z. B. bei inneren Handlungen in der Person des Deferenten öfters vorkommt.

Sind die Thatsachen, worüber der Eid angetragen wird, dem Deferenten in der Art fremde, daß er sich über deren Wahrheit schlechterdings keine Kunde zu verschaffen im Stande ist und ist die Zurückschiebung nicht positiv verboten, dann kann der Delat den Eid zurückschieben, und wenn auch die Annahme des Eides von Seiten des Delaten keine Pflicht begründet, so wird hierdurch doch sein Recht nicht aufgehoben, von diesem Beweismittel Gebrauch zu machen, ein Recht, dem seine Dispositionsfreiheit über Nachtheil und Vortheil das Wort redet. Letzter steigert sich, wenn der Relat nicht schwört, denn dann ist derselbe nicht blos wegen verfehlten Beweises, wenn der Delat die Annahme dieses Eides verweigert hätte, sondern wegen erbrachten Gegenbeweises, abzuweisen — ein Vortheil, welcher ihm hier möglicherweise — selbst in einem andern Prozesse — die exc. rei judicatae sichert, die ihm nicht immer gegeben ist, wenn der Kläger, welcher durch

vorzüglich da, wo sie sich als Aeußerungen der Partheien zum Zwecke der Beweisführung zu erkennen geben, vielleicht immer noch nicht erschöpfend, das heißt in allen ihren Beziehungen, beleuchtet, so wenig Mangel auch die Literatur an

---

Hilfe des benefic. restit. und remed. rest. ob noviter reperta den Producten oftmals wieder in diesen Prozeß ziehen kann, blos wegen verfehlten Beweises abgewiesen worden ist. Die Behauptung der Rechtslehrer, daß es den Beklagten nur insoweit interessiren könne, die Wirkung des Beweises zu verhindern, oder daß der directe Gegenbeweis sogar nur diesen Zweck verfolgen könne, ist daher gewiß irrig, wenn auch als Regel gelten kann, daß dem Beklagten schon gedient ist, daß Kläger abgewiesen, daher der Zustand, in welchem Beklagter sich vor Anstellung der Klage befand und beruhigte, aufrecht erhalten werde. Dem Beklagten kann es aber von Interesse seyn, nicht blos diesen Zustand temporär, sondern sich für künftige Angriffsfälle, zu erhalten, und wenn seine Maasregeln der Art waren, daß durch solche dieser Zweck erreicht werden konnte, so muß man ihm auch die Früchte seiner Bemühung zu Theil werden lassen. Der Erbe wird z. B. aus einem Kaufcontracte seines Erblassers belangt. Der Erbe kann blos die Klagefacten läugnen und, schiebt ihm der Kläger den Eid zu und beschwört der Erbe sein Nichtwissen, dann hat er den Zweck erreicht, daß der Kläger wegen verfehlten Beweises abgewiesen wird. Der Kläger kann aber nun wieder diese Forderung auf den Grund eines Darlehns zur Sprache bringen, und der Erbe muß sich diesen Rechtsstreit gefallen lassen, er kann die exc. rei judicatae nicht mit Wirksamkeit vorschützen. Anders, wenn der Beklagte in der Art den directen Gegenbeweis geführt hätte, daß der Kläger unter keiner Voraussetzung eine Forderung gegen den Erben von seinem Erblasser herleiten kann. Der Erbe hat, z. B., aus dem Kaufvertrage belangt, durch directen Gegenbeweis dargethan, daß sein Erblasser niemals mit dem Kläger in irgend ein Rechtsverhältniß treten konnte, er hat dargethan, daß sein Erblasser schon gestorben war, als der Kläger geboren wurde. Würde

gründlichen und verdienstvollen Arbeiten aufweisen kann. Man hat vielleicht die Natur und das Wesen, namentlich der Schiedeseide, deßhalb noch nicht vollständig erkannt, weil man dieselben allein aus dem Gesichtspuncte der Ursache zur Wirkung, oder vielmehr dem Erfolge, welchen die Gesetze aussprechen — nicht aber, was doch diesem Verhältniß vorauszugehen hat, als Mittel zum Zwecke betrachtet hat. Dieses Beziehungsverhältniß erklärt vorzüglich die Eigenschaft des Schiedeseides, sowie seine Wichtigkeit und mit dieser auch seine Wirkung.

Der Schiedeseid — darüber dürfte der Streit wohl als beendigt anzusehen seyn — hat eine zweifache Eigenschaft: er ist vergleichsähnlicher Natur (speciem transactionis continet [1]) und ist zugleich ein Beweismittel, das heißt, durch denselben können in der Regel alle Behauptungen dargethan werden, welche nicht mit seiner Natur als Vergleichs- und Beweismittel im Widerspruche stehen [2]). Dies ist sein Zweck und dieser umfaßt das ganze Interesse, welches beide Partheien bei der Austragung eines anhängigen Rechtsstreites

nun der Kläger mit der Darlehnsklage auftreten und behaupten, daß der Erblasser selbst dieses Darlehn contrahirt hätte, dann dürfte man wohl dem Beklagten, mit Bezugnahme auf den früheren, obgleich verschiedenen, Rechtsstreit den wirksamen Nutzen in der exc. rei jud. nicht absprechen können. So, wenn der Beklagte durch den eigentl. Gegenbeweis dargethan, daß er innerhalb 10 Jahren nicht an dem Orte gewesen seyn konnte, welcher eine Urkunde als Contractsort bezeichnete — und der Kläger oder dessen gesetzliche Erben stellen eine neue Klage auf den Grund eines andern Contractes, welcher an dem früheren Orte seine Existenz sollte erhalten haben, an.

1) Fr. 2. D. 12. 2.

2) Cap. 26. X. 2. 4. Fr. 34. §. 8. D. 12. 2. — c. 11, 12. C. 4. 1.

haben können. Er ist, als Beweismittel betrachtet, ein Mittel, die factische Behauptung eines jeden Theils der Streitenden zu bewahrheiten, mag diese Behauptung angriffsweise, oder abwehrend (verhindernd), mag sie eine neue selbstständige seyn, oder nicht, das heißt entweder zum Zwecke der Bewahrheitung einer Klage, Exception im engeren Sinne, einer Replik dieser Art u. s. w., oder zur Bewahrheitung einer negativen Einlassung, das heißt zur Führung des directen (eigentlichen) Gegenbeweises vorgebracht worden seyn. Stellt man den Schiedeseid in das Verhältniß dieses Mittels zu diesem Zweck — ein Standpunkt, welchen die Gesetze selbst ihm anweisen — so ist die Absicht derjenigen Parthei, welche sich desselben bedient, eben so klar, wie es wiederum die Gesetze und die Natur der Sache außer Zweifel stellen, welche Folgen und Wirkungen diese Handlung nach sich zieht. Diejenige Parthei, welche Beweis zu führen hat, will durch solche Handlungen, die sie in dieser Verpflichtung vornimmt, dieser Aufgabe entsprechen: sie will beweisen; dies kann sie nur dadurch bewerkstelligen, daß sie ihre Behauptungen bewahrheitet — und da eine Wahrheit nur einfach seyn kann, Seyn und Nichtseyn einer und derselben Thatsache den Coexistenznexus ausschließt, so kann die Wahrheit der zu beweisenden Thatsache nur in dem Ausschluß desjenigen Widerspruchs bestehen, welcher sie selbst in Zweifel zieht, oder juridisch in Zweifel ziehen heißt — mag nun dieser Zweifel ausdrücklich oder stillschweigend geltend gemacht, oder vermuthet werden, eben so, wie es gleichgiltig ist, ob dieser Ausschluß ein natürlich nothwendiger ist oder ein gesetzlich fingirter, insoferne er nur als vorhanden angenommen werden kann und muß.

Eine Prozeßpflicht besteht mit dem ihr correspondirenden Rechte so lange vollständig fort, bis ihr vollständig Genüge geleistet worden ist. Dies gilt namentlich von der

Beweispflicht. Liegt diese einer Parthie ob, so besteht sie so lange, bis ihr entsprochen und sie hört nur auf, bis dies geschehen. Die Erfüllung der Pflicht wird ein Recht, welches mit Beziehung auf den verschiedenen Stand, den die Prozeßsubjecte einnehmen, verschiedenartig seine Wirkung äußern läßt, es erhält seine Bedeutung und seinen Umfang von dem Zwecke, zu dem es geltend gemacht wird und muß daher seinen Einfluß von Angriff und Vertheidigung wohl unterscheiden lassen. Können nun zwar auch die Grundsätze über dieses verschiedenartige Verhältniß recht gut dieselben seyn, wo sie über die Frage zur Anwendung gebracht werden müssen, wem die Beweislast obliege: immerhin unterscheiden sie sich dadurch, daß der im Vertheidigungszustand sich befindende Theil nicht eher verurtheilt werden kann, als bis Derjenige, welcher diese Vertheidigung ursprünglich nöthig machte, seinen ersten Angriff gerechtfertigt hat, einerlei, ob diese Rechtfertigung ihre Gründe unmittelbar aus der Gesetzgebung, aus den Handlungen der Parthei, aus Fictionen entlehnt, oder mehre gleichzeitig aufzuweisen hat. Um mein Recht darzuthun, muß ich mich aller mir zustehenden Mittel bedienen dürfen, durch welche solches juristisch anerkannt werden muß; allein auch anderer Seits, um eine Pflicht zu erfüllen, müssen Rechte vorhanden seyn: das eine findet sich in demjenigen vor, welcher es fordern kann, das andere gehört demjenigen an, welcher ihm entsprechen darf, oder auf dessen Geltendmachung er, im bürgerlichen Verfahren wenigstens, in der Regel verzichten kann. Wendet man diese Grundsätze, welche jedenfalls bei unserer Frage ganz durchherrschen, bei der Beweisführung durch Eidesdelation an, so umfaßt die ganze Summe des Rechtes des Deferenten, insoweit er dasselbe zu seinem Zwecke gegen die Person des Delaten geltend machen kann, nur den einzigen Anspruch: daß er zwischen der Annahme des Eides, oder dessen

Verweigerung wähle; der Deferent hat aber kein Recht zur Ausschwörung [1]) oder Zurückschiebung des Eides und noch weniger zur Gewissensvertretung des Delaten; weil er sonst sein Recht mit dessen Wirksamkeit selbst in Widerspruch versetzen würde. Kann er aber die Relation nicht als Recht fordern, so kann diese auch nicht Theil seiner Beweisführung im engeren Sinne seyn, steht aber das Mittel immer im Verhältniß zu seinem Zwecke, so kann auch durch die Ausschwörung des referirten Eides dieser nicht erzielt worden seyn, der Relat daher auch durch die Ableistung des Eides nicht Beweis geführt oder erbracht haben. Da indessen diese Eidesleistung eine sehr wichtige Folge hat, so ist der Ursache nachzugehen, welche diese Wirkung erzeugt hat, sie muß aber nothwendig eine andere seyn, wie wir sogleich sehen werden.

Der Beweisführer muß seiner Pflicht vollständig Genüge geleistet haben, wenn er in Folge einer Handlung das ihr correspondirende Recht erhalten hat, er erhält dies aber unstreitig, wenn der Delat den Eid verweigert; bleibt aber dieser Grund bestehen, so bleibt auch sein Recht bestehen, auf den sich dasselbe stützt. Der Delat schwört durch die Relation des Eides solchen immer nicht aus, der Grund des Rechtes des Beweisführers muß daher derselbe bleiben —

---

1) Das Verlangen der Ausschwörung enthält nur die Bedingung, unter welcher das Beharren eines behaupteten Zustandes, welcher den Anspruch des Deferenten nicht realisiren läßt, anerkannt werden soll; da aber die Verweigerung des Eides zu dem Resultate einer nicht eingetretenen Bedingung führt, so wird dieses Hinderniß entfernt, und da hierdurch der Zweck der Delation als Beweisführung vollständig erreicht ist, so muß auch aller weitere Gebrauch des Mittels aufhören.

und er bleibt wirklich stets derselbe, er mag den referirten Eid schwören, oder nicht. Allein freilich die Folgen können nicht einerlei seyn, so wenig wie es einerlei ist, ob man eine wirklich vorhandene Ursache fortwirken lasse, oder nicht. Die Ursache welche, einmal vorhanden war, bleibt stets da gewesen, ob sie aber ihre Wirkung fort äußere, oder nicht, hängt wieder von anderen Ursachen ab. Werden solche, mit gleicher Kraft und gleichem Umfang wirkend, jener gegenüber gesetzt, so muß jene natürlich mit ihrer Ursache auch die Wirkung verlieren.

Der Pflichtige, welcher seine Behauptung zu bewahrheiten hat, und zu diesem Zwecke seinem widersprechenden Gegner den Eid zuschiebt, kann sich dieses Mittels nur in der nächsten Absicht bedienen, daß der Gegner den Eid verweigere[1]; denn nur wenn diese Verweigerung erfolgt, hat er seinen Zweck erreicht, das heißt seine Behauptung juristisch bewahrheitet. Der Grundsatz trägt seine Rechtfertigung in sich selbst, und ist der Grundsatz richtig, so müssen die nothwendigen Folgerungen aus demselben eben so richtig seyn. Man übereile aber nur die Sache nicht, sondern verweile bei den einzelnen Stadien derselben und den einzelnen Handlungen, welche die Partheien zu deren Ermittelung vornehmen; man bleibe einmal bei dem Puncte

---

1) Daß der Eid nicht zu dem Zwecke, daß er geschworen, sondern daß er verweigert werden solle, zugeschoben wird, zeigt zum Ueberflusse eine ausdrückliche Gesetzesstelle: Fr. 5. §. 4. D. 12. 2. „Si neque juratum est, neque remissum jusjurandum, pro eo debet haberi, atque si res in jusjurandum admissa non esset; proinde, si postea jurare paratus sit, nihil ei hoc jusjurandum proficiet, quia ex eo quod delatum est, juratum non est.“

fest stehen, wo der Eid zugeschoben worden ist und der Delat denselben noch nicht ausgeschworen und nicht zurückgeschoben hat. Der Eid ist hier jedesmal gewiß verweigert. Der Eid ist aber hinsichtlich der Veranlassung und des Rechts seines Gebrauchs ein Vergleichsmittel, hinsichtlich der Wirkung seines Gebrauches erhält er die Miteigenschaft eines Beweismittels. Die Eigenschaft oder Natur einer Sache wird aber in so lange nicht verändert, als sie dieselbe bleibt, der Eid bleibt daher Vergleichs- und Beweismittel so lange, als eine solche Veränderung nicht nachgewiesen wird. Eine Wirkung äußert ferner ihren Einfluß so lange, als ihre Ursache fortdauert, die Wirkung eines rechtsgiltig zugeschobenen und unbefugt verweigerten Eides besteht aber nun gesetzlich darin, daß der Beweis erbracht worden ist. Der Delat, welcher den Eid nicht ausschwören will, hat aber gewiß die Ausschwörung des Eides verweigert, mithin hat auch der Deferent den Beweis erbracht, denn hätte er dieses nicht, so wäre ja die Relation zu dem Zwecke überflüssig, um nicht sachfällig[1]) zu werden, der Beklagte müßte vielmehr nach dem Grundsatze: „actore non probante reus absolvitur" von der Klage entbunden werden. Ist aber demnach bei vorhandener Eidesverweigerung der Beweis erbracht, so besteht derselbe mit seiner ganzen Wirkung so lange fort, als kein Aufhebungsgrund derselben vorhanden ist. Der gelieferte Beweis kann aber nur aufgehoben werden durch Gegenbeweis. Soll sich der Delat oder Product der Relation des Eides nur zu diesem Zwecke bedienen, so kann die Relation auch nur Mittel zur Gegenbeweisführung, dieselbe daher nur Gegenbeweismittel seyn. Außerdem würde es an jedem rechtlichen Principe und

1) Die Zurückschiebung zum Zwecke der Gegenbeweisführung als solcher ist aber nicht immer überflüssige Handlung, wie wir weiter unten sehen werden.

insbesondere an einem Prozeß = Fundamente fehlen, warum man den Producenten als Relaten, ganz verschieden von der Befugniß des Producten und Referenten auf die Wahl beschränkt, den referirten Eid entweder auszuschwören, oder zu verweigern; er könnte, da dem Referenten die Zurückgebung des Eides gestattet ist, gestützt auf die Anforderung, daß die Rechte der Parthieen gleich seyen, fragen, warum man in Beziehung auf ihn bei dieser Art der Beweisführung diese Grundsätze nicht für anwendbar halte und geradezu verwerfe. Der Eid würde daher, sollte die Gleichheit der Parthieen = Rechte geachtet werden, neben der seitherigen Annahme, daß der Relat durch Ausschwörung des Eides Beweis führe, aufhören, Beweismittel zu seyn, falls keine der Parthieen schwören wollte, indem der Wechsel eines fortwährnden Gebens und Zurückgebensgestattet werden müßte. — Wird der giltig referirte Eid aber von dem Producenten nicht ausgeschworen, das heißt verweigert, so soll der Beklagte (darüber herrscht überall kein Streit) nicht verurtheilt werden können, vielmehr der Kläger abgewiesen werden. Der schon wirklich vorhandene Beweis mußte demnach, da er keine Wirkung mehr äußert (auf welche, wenn ihre Ursache noch existirte, doch der Beweisführer sich ein Recht erworben hatte) aufgehoben worden seyn, und — die logischen Regeln gestatten immer wieder ein Zurückgehen zu obigen Prämissen — da der Beweis nur durch Gegenbeweis aufgehoben werden kann: so kann jede Relation des Eides nichts anders seyn, als eine directe Gegenbeweisführung, welche in dieser Form doch unbestritten gestattet wird und mit deren Anerkennung man zugleich zugeben muß, daß die ganze Lehre: es sey der directe Gegenbeweis durch Eideszuschiebung nicht zu führen, auf keinem haltbaren Grunde ruht, daß dieselbe eigentlich niemals Anerkenung gefunden, ja daß diese Prozeßlehrer diese Lehre auf=

gestellt und — ohne es zu ahnen — gleichzeitig widersprochen haben. Sie haben ein ganzes Stadium ignorirt, oder übersprungen — dasjenige Stadium nämlich, welches jedesmal zwischen der Delation und Relation in der Mitte liegt, das heißt der Delation nachfolgt und der Relation vorausgeht.

Will man nun den Standpunkt der Sache nicht verrücken, so muß man dieselbe in dem geraden Verhältniß des Mittels zum Zweck und der Ursache zur Wirkung gestellt seyn lassen. Es machen sich dann folgende Grundsätze geltend:

I. Wird der Eid deferirt und

A. von dem Delaten ausgeschworen: dann ist der Beweis verfehlt, der Product wird frei gesprochen.

B. von dem Delaten nicht ausgeschworen (verweigert): dann ist der Beweis erbracht.

II. Wird der Eid referirt: dann war vor der Relation der Beweis schon erbracht. Wird jedoch der referirte Eid

A. von dem Relaten ausgeschworen: dann ist, neben dem erbrachten Beweis, auch der directe Gegenbeweis entkräftet — oder: der Beweis ist erbracht und die Erbringung des Gegenbeweises verfehlt (vergl. I. A.)

B. von dem Relaten nicht ausgeschworen (verweigert): dann ist der erbrachte Beweis durch directen Gegenbeweis aufgehoben, oder: der Gegenbeweis ist erbracht (vergl. I. B.)

Diese Sätze fordern ihre Begründung und sie können solche vollständig erhalten. Die Delation ist eine Zuschiebung des Eides, sie ist vollendet, wenn der Eid angetragen worden ist. Die unmittelbaren Folgen der Zuschiebung können nur diese selbst abgeben, denn die unmittelbaren Folgen einer Handlung können nur diejenigen Erscheinungen seyn, welche aus dieser Handlung sich ergeben, das heißt mit dieser in unmittelbarem Zusammenhange stehen, m. a. W. es ist das Ergebniß, welches diese Handlung entweder in positiver oder negativer Form erscheinen läßt. Der ganze Causalnexus besteht hier nur in dem Vorhandenseyn des Mittels (objectiv betrachtet) und dem Gebrauch dieses Mittels, das heißt, hier, dem erfolgten Antrag an den Gegner. Die unmittelbaren Folgen, welche dieses Verhältniß entstehen lassen, können aus dessen Gebiete nicht treten, wenn sie noch seine Folgen bleiben sollen; diese Folgen sind aber nur das, was sie möglicherweise seyn können: entweder positive oder negative — entweder, auf die Delation des Eides angewendet, Ausschwören des Eides, oder Nichtausschwören des Eides. Diese Folgen sind verschiedener Art, die Arten stehen sich gerade gegenüber. Läßt man nun die eine, oder die andere dieser Folgen eintreten, so müssen deren Ergebnisse auch verschieden, sie müssen (bleibt der Zusammenhang gewahrt) sich entgegengesetzt seyn. Und so ist es auch. Das zeigen die Ergebnisse, je nachdem der Eid ausgeschworen oder verweigert wird. Die Delation hat jedesmal die negative Folge der Eidesverweigerung ergeben, wenn der Eid referirt wird, und da durch die Relation dieses Ergebniß wieder aufgehoben werden soll, so kann sie selbst gewiß nicht Folge einer ihr entgegenstehenden Ursache seyn, sie kann, weit entfernt, einen Bestandtheil des früheren Zusammenhangs zu bilden, nur ein Mittel seyn, diesen Zusammenhang aufzulösen, wenigstens demselben seinen ganzen

Einfluß, welchen das einmal vorhandene Ergebniß sonst anzusprechen hätte, zu entziehen.

Dies sind Grundsätze, welche die Metaphysik aufstellt. Unsere positive Gesetzgebung stellt sie auch auf, und zwar an mehren Orten. Für alle stehn zur Vermeidung von Wiederholungen[1]) nur

Fr. 34. §. 6. D. 12. 2.

> **Ait Praetor, eum, a quo iusiurandum petetur, solvere, aut iurare cogam, alterum itaque eligat reus: aut solvat, aut iuret, si non iurat, solvere cogendus erit a Praetore.**

Diese Stelle setzt in einem ganz für sich bestehenden Paragraphen diejenigen Fälle auseinander, welche entstehen, wenn ein Eid zum Zwecke der Beweisführung deferirt wird, und das Gesetz zählt unter diesen Fällen nur auf: es wird geschworen, oder es wird nicht geschworen. Sogleich fügt es aber auch bei jedem dieser Fälle die eigenthümlichen Folgen an. Wenn geschworen wird, so soll der Beklagte nicht verpflichtet seyn, zu zahlen — es muß daher in diesem Fall der Beweis nicht erbracht gewesen seyn. Wird nicht geschworen, so soll der Beklagte gezwungen werden, zu zahlen. Da aber das Recht und die Verbindlichkeit zur Zahlung nur dann entstehen konnten, wenn der Kläger seinen Anspruch bewahrheitet, das heißt juristisch bewiesen hatte, so mußte dies geschehen, daher der Beweis durch Nichtausschwören des Eides erbracht worden seyn. — Dieser Satz

---

1) Vergl. jedoch auch noch c. 9. de reb. cred. et jurej., 4. 1.

ist abgeschlossen, die Regel, welche er giebt, ist auf das Bestimmteste fest gestellt. — Nach aufgestelltem Grundsatze fährt der §. 3 fort:

„Datur autem alia facultas reo: ut, si malit, referat iusiurandum" etc.

Am Ende des §. 2 wird, wie wir gesehen haben, gesagt, daß wenn der Beklagte nicht schwört, er bezahlen müsse. Der §. 3 will nun, unmittelbar hierauf folgend, darthun, wie diese Verbindlichkeit, welche durch Nichtausschwören dem Beklagten erwachsen sey, wieder aufgehoben werden könne — das Wort: „autem" deutet zugleich auf etwas Vorausgegangenes, worauf Bezug genommen wird und etwas Nachfolgendes, welches damit in einen Gegensatz gestellt werden soll. Dieser Paragraph sagt nichts weiter, aber er sagt es zugleich unzweideutig, daß, obgleich der Beklagte nicht geschworen und nunmehr gezwungen werden, müßte, zu zahlen, so solle ihm, wenn er es vorziehe, nicht zu schwören, doch noch ein anderer Ausweg, eine andere Kraft (Gegenkraft) — „alia facultas" — gegeben werden, diese Wirkungen wieder aufzuheben. Diese alia facultas soll die Relation des Eides seyn. Das Mittel, welches hier gegeben, ist nun an und für sich selbst verschieden von der Ableistung des Eides, es soll aber auch, wie die Trennung derselben im Gesetze selbst sehr klar darlegt, verschiedene Zwecke erreichen lassen. Hätte das Gesetz das Ausschwören des deferirten und die Verweigerung des referirten Eides in ihren Folgen ganz gleich setzen wollen, so würde theils nicht einzusehen seyn, weßhalb es gleiche Folgen in verschiedenen Paragraphen bespricht und anderntheils würde es gleiche Fälle in einem und demselben Redesatze verbunden haben. Es würde dann haben sagen müssen:

Ait Praetor eum, a quo iusiurandum petetur solvere, aut iurare aut referre cogam, alterum itaque eligat reus: aut solvat, aut juret, aut referat, si non iurat et non referat, solvere cogendus erit a Praetore [1]).

Nunmehr erhält das cap. 2. X. 2. 19 zuerst die Erklärung seines Sinnes und seines vollständigen Inhaltes. Es spricht von dem Beweise als s. g. Vorbeweis und erwähnt

A. der Mittel, welche zur Beweisführung erwählt worden,

B. des Resultates, welches die Beweisführung geliefert hat.

Die Mittel zur Führung des Beweises, welche das Gesetz bei Entscheidung des aufgestellten Fragefalles überhaupt zu Grunde legt, sind ganz speciell angegeben, es läßt dahin nur Instrumente und Zeugen gehören. Diese Beweismittel umfassen die ganze Summe derjenigen Mittel

---

1) Man vergleiche zum Belege c. 8. C. 4. 1. Hier wird die Folge als eine ganz gleiche bezeichnet in dem Falle, wenn der Kläger den deferirten Eid ausgeschworen, oder wenn er deferirt und nachher derselbe erlassen worden ist. Ebenso bestätigt das aufgestellte Princip: c. 9. C. 4. 1.; denn auch dann macht es keinen Unterschied, ob der Beklagte nicht schwört, oder nicht referirt. In keinem einzigen Falle ist aber die Gleichheit da ausgesprochen: wenn der Beklagte schwört, oder den Eid referirt und letzter ohne Grund verweigert wird.

nicht, welche zur Führung eines Beweises dienen können, namentlich ist der Eid nicht darunter begriffen. Man könnte daher Grundsätze, welche das Gesetz ausdrücklich nur auf bestimmte Fälle bezogen und angewendet wissen will, auch nur auf diese anwenden, weil deren Anwendung durch ihre Beziehung bedingt wird: das lehren schon, allgemein anerkannt, die Regeln der Interpretation. Diese gestatten um so weniger hier eine ausdehnende Abweichung, als noch andere Gründe vorhanden sind, sie strenge einzuhalten. Das Gesetz würde nach der seitherigen Auslegung andern feststehenden Grundsätzen widerstreiten, sich daher zu diesen wie Ausnahme zur Regel verhalten; denn

a) es würde im Widerspruch stehen mit dem Grundsatze: die Rechte der Parthieen sind im Allgemeinen vollkommen gleich.

b) das Gesetz selbst kündigt sich als ein correctorisches an, indem es erwähnt, daß eine Gewohnheit, welche es außerdem noch als eine lobenswerthe bezeichnet, den hier aufgestellten Grundsätzen entgegen stehe und daß es diese Gewohnheit aufhebe.

Würde aber das Gesetz den Eid nur nicht ausdrücklich ausschließen, so würde seine Beurtheilung schon deshalb Grundsätzen nicht unterworfen werden können, unter welche er nie gestellt worden ist, er würde sie nur von denjenigen abzuleiten haben, unter welchen er stehen geblieben ist. Das Gesetz gestattet aber, wie ausgeführt worden, ausdrücklich die Delation zum Zwecke einer directen Gegenbeweisführung — es gestattet dieselbe unter einer Beschränkung, bei deren Wegfallen die allgemeine Regel zur allgemeinen Anwendung zurückzugehen heißt. Theorie und Praxis haben sich daher dem Gesetze gerade da, wo es sich entschieden ausspricht, gegenüber ge-

stellt — wenigstens bei der Delation; — bei der Relation hat die Praxis wenigstens im Sinne des Gesetzes gehandelt; weil sich dieselbe jedoch einen unrichtigen Grundsatz stellte, so konnten auch die Folgerungen aus demselben nicht richtig seyn.

Der Beweis, welcher in dem gesetzlichen Falle geliefert worden, ist seinem Resultate nach ein vollständiger („cum aliquis intentionem suam fundaverit instrumentis, aut testibus.") Die ausdrückliche Erwähnung der Beweismittel: Zeugen oder Urkunden — sowie das Nichterwähnen des Eides als Beweismittel zwingt zu der Annahme, daß die Beweisführung durch Eidesdelation ein gleiches Resultat herbeiführen müsse; denn könnte dieses nur durch die in dem Gesetze angegebenen Beweismittel geliefert werden, dann würde die ganze Aufstellung des Falls als Beispiel (ut cum etc.) eine ganz überflüssige seyn; zu solcher Annahme ist aber der Jurist nicht berechtigt, zumal wenn zu solcher nicht allein keine Gründe, sondern sogar Gegengründe, vorhanden sind. Es ist also mit Nothwendigkeit gegeben, daß durch die Eidesdelation gleichfalls vollständiger Beweis geführt werden könne. Würde nun die Eidesdelation erfolgt seyn (das Gesetz gibt uns in seinem nothwendigen Gegensatze den Fall eben so klar: ut cum aliquis intentionem suam fundaverit iuramento) und der Beklagte referirte den Eid, so müßte eben so gut, wie wenn durch Zeugen und Urkunden Beweis geführt worden und der Eid zum Zwecke der Gegenbeweisführung deferirt worden, der Beweis vollständig erbracht gewesen seyn. Dies zeigen ferner mit unumstößlicher Gewißheit die Worte des Gesetzes: „fides probationibus (probationis) non habetur." Von einer fides probationis hatte das Gesetz gewiß nicht reden können, wenn der Beweis

nicht erbracht gewesen sey, und eben so wenig hätte es sagen können: „fides prob. non habetur", wenn kein Beweis vorhanden gewesen, da ein Beweis nur dann nicht gehalten und folgerichtig entfernt werden kann, wenn er wirklich da gewesen ist. Das Wegfallen eines Etwas setzt die Existenz desselben nothwendig voraus und dieses Etwas, welches hier weggefallen, ist uns deutlich genug bezeichnet: es ist die fides probationis. Die Glaubwürdigkeit des deferirten und nicht ausgeschworenen Eides soll daher dann nicht gehalten, das heißt wieder aufgehoben werden, wenn derselbe referirt und, natürlich, nicht abgeleistet wird.

Das Verhältniß eines Mittels zu seinem Zweck bestimmt nun auch ganz genau die äußersten Gränzen der Wirkungen desselben, da über seinen Zweck kein Mittel wirken soll. Schwört daher der Delat den Eid aus, so ist die Wirkung, oder besser der Erfolg, davon, daß dieses Beweismittel gar kein für den Beweisführer günstiges Resultat geliefert hat — sein zu führender Beweis ist verfehlt. Schiebt der Delat den Eid zurück, so geht dieser Handlung, ausdrücklich oder stillschweigend — allein jedesmal — die Erklärung voraus, daß er die Ableistung des Eides verweigere, und diese Handlung hat ganz dieselben Folgen, als wenn er den Eid nicht zurückschiebt: der Beweis ist erbracht[1]). Da man aber dem Gegner

1) Das einmal Vorhandene behauptet so lange seinen Zustand, als es nicht aus solchem entsetzt worden ist. Das Beharren eines Zustandes kann nun auf einem doppelten Grunde beruhen: entweder wird gar keine Kraft angewendet, um diesen Zustand zu verändern, oder ganz unwirksam zu machen, oder die wirklich aufgewendete Kraft läßt den Zweck, wozu sie aufgewendet, nicht erreichen. In diesen Fällen wird jener Zustand gar nicht

das rechtliche Gehör verschuldet und man ihm gestatten muß, den erbrachten Beweis zu entkräften und zu entfernen, so

---

verändert, denn er wird gar nicht berührt. Derjenige, welcher sich im rechtlichen Besitze dieses Zustandes befindet, verliert denselben nur dann, wenn ein rechtlicher Grund der Aufhebung geltend gemacht werden konnte und geltend gemacht worden ist; er muß sich die Anwendung der Gegenkraft nur gefallen lassen. Wird von dieser kein Gebrauch gemacht, so muß ein Verzicht auf sie unterstellt werden; kann kein Gebrauch von ihr gemacht werden, so treten die Grundsätze des Zufalls ein, vorausgesetzt, daß dem Gegner kein Verschulden in dieser Beziehung zur Last fällt. Diese Grundsätze üben auf das ganze Beweisverfahren einen sehr wichtigen Einfluß aus. Der Fall, wenn der Relat vor Ausschwörung des referirten Eides stirbt, ohne daß er seinen Tod schuldvoll veranlaßt hat, liefert nur ein Beispiel dieser Wichtigkeit; allein es darf dieser Fall deßhalb eine besondere Aushebung in Anspruch nehmen, weil er von den Rechtslehrern sehr häufig besprochen worden ist. Hat der Beweispflichtige zum Zwecke seiner Beweisführung den Eid deferirt und hat der Delat den Eid referirt, so hat er ihn verweigert, der Deferent hat bewiesen. Kann der referirte Eid behufs der Gegenbeweisführung ohne Schuld des Relaten nicht ausgeschworen werden, so hat derselbe, als Deferent, immer bewiesen; der Umstand, daß der Referent (Delat) seinen Gegenbeweis nicht zu führen im Stande ist, kann nur ihm, nicht dem Gegentheil, schaden, seine wohl begründeten Rechte können dadurch nicht aufgehoben oder geschmälert werden. Es haben daher nicht die Erben des Beweisführers (hier Relaten) in diesem Falle von Neuem Beweis zu führen und zu diesem Zwecke etwaige Restitution nachzusuchen, es ist dies vielmehr Sache des Referenten (Delaten), um den Beweis durch Gegenbeweis zu entkräften.— Die Analogie der Grundsätze in gleicher Sachenlage rechtfertigt diese Ansicht can. 15. 199. c. 22. 9. 5. — Der Frage, ob meineidige und ehrlose Personen den Eid mit Wirkung deferiren können, ist sehr verschiedenartige Beantwortung zu Theil geworden. Für die Bejahung entschieden sich: v. Linde a. a.

muß man ihm auch gestatten, Gegenbeweis zu führen: Er muß dies durch alle ihm zu Gebote stehenden Beweismittel

---

O. Pufendorf observ. juris T. IV. observ. 92. Wernher observ. for. T. I. P. IV., observ. 151. n. 489. T. II. R. IX. observ. 224. Malblanc doctrina de jurejurando. Norimb. 1781. Edit. 2. Meister Bemerk. II. S. 20 ff. — Anderer Meinung sind vorzüglich: Cocceji (jus controv. lib. 12. tit. 2. q. 33). Thibaut Pand. System §. 1155 a. E. Bayer Vorträge S. 383, f.; die Letzteren aus Gründen, welchen allgemeine Rechtsprincipien entgegen stehen. Den Relaten als jurare nolentem zu behandeln, hieße einen Verzicht unterstellen, der einmal so leicht nicht angenommen werden soll und dessen Unterstellung außerdem durch etwaiges ausdrückliches Erklären des Relaten, schwören zu wollen, ganz schwinden müßte. — Betrachtet man aber die Relation als eine Gegenbeweisführung, so ist voller Grund vorhanden, diejenigen Grundsätze zur Anwendung zu bringen, welche gelten, wenn der Verlust der Beweismittel durch Verschulden der Gegenparthie veranlaßt worden ist. Meineidige und Ehrlose können daher zur Führung ihres Beweises von der Eidesdelation nicht ausgeschlossen werden. Acceptirt der Delat den Eid und schwört ihn aus, dann ist der Beweis verfehlt; verweigert er ihn, ohne denselben zurückzuschieben, so hat er auf seine Gegenbeweisführung verzichtet und der Beweis ist erbracht; schiebt er ihn aber zurück, dann erklärt er, Gegenbeweis führen zu wollen — des Mittels zu diesem Zwecke hat ihn jedoch die Schuld des Beweisführers beraubt, der erbrachte Beweis kann daher keine Wirkung äußern. Unter diesen Gesichtspunct gestellt, kann man auch zu völlig ausreichenden Grundsätzen gelangen in dem Falle, wenn einem Meineidigen der Eid angetragen, also gegen denselben bewiesen werden muß. Erklärt der Meineidige hier, nicht schwören zu wollen, so ist der Beweis erbracht, schiebt er den Eid zurück und der Relat verweigert ihn, dann kann der versuchte Beweis aus dem Grunde nicht für gelungen angesehen werden, weil nunmehr der Meineidige darge-

bewerkstelligen können, es liegt kein Rechtfertigungsgrund vor, ihn für diesen Zweck mehr zu beschränken, als den Beweisführer selbst. Namentlich kann er sich der Eidesdelation bedienen. Kann kein Grund geltend gemacht werden, welcher den Gebrauch des Eides als Beweismittel überhaupt auszuschließen gebietet, so muß sich der Beweisführer auch die Delation [1]) gefallen lassen. Nur ist hierbei zu unterscheiden:

I. Macht der Delat von der Zuschiebung des Eides, als Relation, Gebrauch, so kann sich der Delat als Relat

1) der Gewissensvertretung nicht mehr bedienen, wenn die Beweisfrist abgelaufen ist, da diese ihm den Zeitraum bestimmt hat, innerhalb welcher er seine Be-

---

than, daß das, obgleich durch seine Schuld verloren gegangene, oder nicht zu gebrauchende, Beweismittel nichts bewiesen, d. h. nichts zur Sache Beweisendes geliefert hat. Man vergleiche über entgegen stehende Ansichten: Reinhardt Handb. II. §. 226. Note 4. Malblanc l. c. §. 7. p. 16.

1) Durch diese Delation, welche auch in Form einer Relation zur Anwendung gebracht werden kann, wird aber dann nicht der Beweis, sondern der eigentliche Gegenbeweis geführt. Würde man die Ausschwörung des referirten Eides zum Zwecke der Vorbeweisführung fordern, dann gerade würde man den Beweisführer verpflichten, mehr, als vollständig, zu beweisen, oder, wie man sagte, seinen Beweis zu verstärken, und man würde dann aus dem zwar richtig angeführten, aber unrichtig angewendeten, Grundsatze, daß der Beweisführer hierzu nicht schuldig sey, weiter sagen müssen, daß der Relat, wenn er, der bewiesen hat, die Annahme und Ableistung des Eides verweigere, dadurch keinen Nachtheil erleiden dürfe? —

weismittel gebrauchen mußte (reprobatio reprobationis non datur) — und wenn diese Beweismittel nicht zugleich diejenigen Thatsachen, welche der Product zum Zwecke seiner Gegenbeweisführung zur Sprache gebracht, beseitigt haben.

2) Er kann auch den Eid dem Referenten aus dem Grunde nicht von Neuem zuschieben, weil er dieses Beweismittel schon benutzt hat und zwar mit einem Erfolg, welcher höher nicht mehr gesteigert werden kann: er hat vollständig bewiesen.

3) Der Gegenbeweisführer ist zur Delation (Relation) an die Frist zur Gegenbeweisführung nicht gebunden, der Ablauf dieser Frist schadet ihm nicht, weil der Eid durch die Zuschiebung zu einem gemeinschaftlichen Beweismittel geworden ist.

II. Hat er diese Eigenschaft nicht erhalten, ein Fall, welcher dann eintritt, wenn der Producent seinen Beweis durch Eideszuschiebung gar nicht, nicht einmal mit eventueller, angetreten hat, dann ist weiter zu unterscheiden:

1) Ist in dem Beweisinterlocut dem vorbehaltenen directen Gegenbeweis keine Frist bestimmt worden, so kann der Product nach geführtem Beweis, sowie sich aller seiner Beweismittel, so auch noch der Eidesdelation zur Führung seines Gegenbeweises bedienen.

2) Ist aber zur Führung des eigentlichen Gegenbeweises eine peremtorische Frist gestellt worden, so muß der Product diese Frist zur Antretung seines Gegenbeweises

wahren. Hier wird es nun für ihn von Interesse, insoweit er den Gegenbeweis durch Eidesdelation zu führen beabsichtigt, die möglichen Fälle der Beweisführung seiner Berathung zu unterwerfen. Denn

a) weis er, daß der Beweisführer seinen Beweis blos mit Eideszuschiebung zu führen versuchen wird, dann kann er es ohne Nachtheil unterlassen, innerhalb der peremtorischen Frist selbstständig seinen Gegenbeweis anzutreten: entweder kann und will er den Eid annehmen und ableisten und hierdurch ihm als Beweismittel die beabsichtigte Wirkung entziehen, oder solche gar nicht eintreten lassen, oder er will sich des zugeschobenen Eides als Gegenbeweismittels bedienen — der Eid wird für ihn ja gemeinschaftliches Beweismittel, von welchem er durch die Relation auch nach Ablauf dieser Frist Gebrauch machen kann, insoferne nur die Zuschiebung des Eides überhaupt zulässig ist.

b) Kann der Product voraussehen, daß der Producent nur unvollständigen Beweis und zwar in dem Grade unvollständig erbringe, daß entweder auf den Erfüllungs- oder Reinigungseid erkannt werden muß, dann kann er gleichfalls von aller Gegenbeweisführung durch Eid abstehen, denn wird der erste auferlegt, so schwört ihn entweder der Beweisführer aus, oder er verweigert ihn. Im ersteren Falle liefert er nur Beweis, welche Handlung für den Beklagten weit günstiger ist, als wenn er den von ihm zugeschobenen Eid ausgeschworen und damit auch den Gegenbeweis entfernt und aufgehoben

haben würde — oder er schwört ihn nicht, dann hat der Producent seinen Beweis nicht geliefert und er wird wegen verfehlten Beweises abgewiesen. Diesen Erfolg hat die Ableistung des Reinigungseides, kommt es zu diesem.

Es soll durch diese Grundsätze jedoch nur ausgesprochen werden, daß der Product von dem Gebrauche der Eidesdelation zum Zweck seiner directen Gegenbeweisführung in manchen Fällen ohne Nachtheil abstehen kann. Daß es aber für ihn von großem Nutzen seyn könne, sich der Eidesdelation zu bedienen, das wird eine spätere nähere Betrachtung der Fälle, wo auf die Notheide erkannt wird, in's Klare setzen. Ist aber dem Producten bekannt,

α) daß der Beweisführer sich der Eidesdelation gar nicht bedient, sondern blos andere Beweismittel zur Hand nimmt, mit welchen er möglicherweise, oder der Wahrscheinlichkeit nach auslangen könnte, oder

β) daß derselbe sich neben diesen Beweismitteln auch der Eidesdelation eventuell bedient, und weis er, daß es zu dieser nicht kommen wird, weil auf einen nothwendigen Eid erkannt werden muß, oder endlich

c) ist dem Producten der Inhalt der Beweisführung gar nicht bekannt:

dann ist es für ihn überall von dem höchsten Interesse, den Gegenbeweis, vorausgesetzt, daß für

diesen dieselbe peremtorische Frist, wie für den Beweis, gestellt ist, innerhalb dieser Frist durch selbstständige Eidesdelation anzutreten, zumal wenn er sich voraussagen kann, daß er auf andere Art den Gegenbeweis zu führen nicht im Stande seyn werde.

Wenn, wie es noch bei vielen Gerichten in Uebung ist, für den vorbehaltenen directen Gegenbeweis dieselbe Frist, wie für den Beweis, peremtorisch anberaumt wird[1]), so ist der ganze Rechtszustand des Producten auf's Aeußerste gefährdet: er kennt oft nicht die Mittel, mit welchen der Producent Beweis führen will und noch weniger ist ihm dann auch der Inhalt des Beweises bekannt. Aber auch dann, wenn er die Beweismittel und ihren Inhalt kennt, so ist ihm in vielen Fällen durch Anwendung der seitherigen Grundsätze eben so wenig geholfen. — Man hat seine Vertheidigung nur dann gehört, wenn sie in einer bestimmten Form geführt werden sollte, das heißt wenn er sie wieder angriffsweise, z. B. in Form einer wahren Einrede, darthun wollte — als ob es Unterschied sey, wie er sich vertheidigen wolle und als wenn es nur von seinem Willen abhängig sey, sich durch den indirecten Gegenbeweis zu schützen. Einmal liegt aber gewiß kein Grund vor, den Producten auf bestimmte Vertheidigungsmittel zu verweisen und dann kann es sich nicht rechtfertigen, ihm Mittel seiner Vertheidigung gänzlich zu entziehen. Die Wahl ist dem Producenten in

1) Zweckmäßiger ist es und wahrt die Rechte des Producten aber gewiß mehr, wenn man die Pflicht zur Erklärung über die eigentliche Gegenbeweisführung zuerst von der Mittheilung der Beweisantretung von Seiten des Producenten anspricht. Bayer a. a. O. S. 421. Schneider vom rechtl. Bew. §. 713 f.

gleicher Weise frei gelassen, seine Rechte sind in gleicher Weise geachtet worden. Es ist indessen nicht immer Sache der freien Wahl und Willkühr, ob der Product den indirecten Gegenbeweis übernimmt, oder nicht. Es hängt diese Handlung einmal davon ab, daß zu ihr Grund gegeben ist und dann ist ihr Erfolg bedingt durch die Möglichkeit, sie mit Wirksamkeit vornehmen zu können. Es muß daher dem Producten vor Allem eine Einrede, Replik rc. wirklich vorhanden seyn, ehe er sich derselben bedienen kann, und wenn er sich derselben, bei ihrem Vorhandenseyn, bedient, so muß er auch den Grund derselben bewahrheiten können, wenn er Vortheil ziehen, oder sich vor Schaden wahren will. Beide Voraussetzungen treffen aber nicht immer ein — und dennoch kann kein Grund auffordern, die Vertheidigung des Producten in dem einen, wie in dem andern Falle, weniger zu ehren. Ist die Forderung des Klägers weniger begründet, wenn sie wirklich einmal vorhanden war, und nur später wieder aufgehoben worden ist, als wenn von dem Beklagten behauptet wird, daß diese Forderung niemals Existenz erhalten hat? Will man ihm eher gestatten, die Wiederaufhebung dieses Anspruchs zu beweisen, als darthun zu dürfen, daß dieser Anspruch zu keiner Zeit vorhanden war? Ist eine negative Einlassung weniger wichtig, als die Vorschützung einer Einrede rc.? Diese Fragen beantworten sich selbst, sowie die Fälle, in welchen sie sich zur Beantwortung aufwerfen, unzählig sind. Nicht, als wollte man dieselben erschöpfen, sondern nur, um die Wichtigkeit der Frage selbst darzulegen, mögen hier zwei Fälle stehen, welche der Verfasser in der Praxis kennen gelernt hat.

A, welchem zur Führung der von B blos widersprochenen Forderung der Beweis auferlegt wird, producirt eine Urkunde, welche den Empfang des zu beweisenden Dar=

lehns ausspricht und welche mit der eigenen Hand des B unterschrieben ist. B konnte seine Unterschrift nicht abläugnen, er gestand sie ein; er vermochte auch in anderer Beziehung nicht, das Document an und für sich als fehlerhaft darzustellen, er wurde daher schuldig erkannt, das Darlehn zu bezahlen, obgleich er solches gewiß nicht empfangen und A sich selbst geäußert, seinen Anspruch nicht beschwören zu wollen und zu können. Es war höchst wahrscheinlich, daß ein von B geschriebener Brief, an dessen Ende dieser, nach frei gelassenem großen Raume zwischen dem Schlusse des Contextes und seiner Namensunterschrift diese vollzogen hatte.

A erfährt durch die Mittheilung einiger Personen, gegen deren Glaubwürdigkeit mit erheblichem Grunde nichts einzuwenden ist, daß dieselben in dem Irrthum befangen sind, zu glauben, daß er (A) eine Summe (sie beträgt 15,000 fl.) bei dem B deponirt habe. B contestirt negativ litem, A beweißt mit zwei Zeugen, und B, welcher wohl wußte, daß A nicht schwören werde, wenn er ihm zur Führung seines Gegenbeweises den Eid zuschieben könnte, wurde zur Zahlung verurtheilt. — Man dürfte hier nicht einwenden, daß wenn Jemand wissentlich eine ungerechte Forderung geltend mache, auch so gewissenlos seyn werde, den dargeschobenen Eid auszuschwören, denn einmal hat der Richter nicht die Befugniß, die Geltendmachung der Rechte von Wahrscheinlichkeitsrücksichten abhängig zu machen, und anderntheils dürfte eine Rücksicht der Art nicht einmal gegeben seyn. Der Beweisführer besorgt viel weniger Nachtheil, wenn ihm später selbst dargelegt werden sollte (was immer sehr schwierig und öfters ohne Bedeutung ist), daß er betrüglich gehandelt, als wenn ihm ein Meineid bewiesen wird, da dieser immer höher bestraft wird, als ein einfaches falsum

oder ein Betrug. Sieht man insbesondere auf die gewöhnliche Denkweise des gemeinen Mannes, so wird man die Erfahrung nicht verabreden können, daß derselbe weit laxere Grundsätze sich darüber aufstellt, wissentlich einen ungerechten Anspruch zu erheben, oder einen gerechten abzuläugnen, als diese Thatsachen zu beschwören. Dies zeigt fast jedes Verfahren, in welchem von dem Eide überhaupt Gebrauch gemacht wird.

Allein (um bei letztem Falle noch etwas zu verweilen), es ist nicht immer Gewissenlosigkeit das Motiv, eine Forderung, von deren rechtlichem Begründetseyn man nicht überzeugt ist, geltend zu machen; es kann sehr leicht auch der Fall vorhanden seyn, daß Derjenige, welcher diese Forderung bildet, zwar nicht fest überzeugt ist, daß solche nicht existire, daß er aber auch eben so wenig eine entgegen stehende Ueberzeugung in diesem Puncte habe — daß er sich im Zweifel befinde und bei dessen Vorhandenseyn ein Nichtwissen, oder ein Nichtglauben nicht beschwören könne. Man denke sich in dieser Lage einen Erben. Er findet in dem Nachlasse Papiere vor, welche Ansprüche gegen Dritte beurkunden und in Betreff deren er zwar nicht ganz gewiß weis, daß diese Ansprüche nicht existiren, aber auch eben so wenig weis, daß sie nicht vorhanden sind. Hat er mit diesen Urkunden den Beweis erbracht, und es kann ihm der Eid vom Gegner zugeschoben werden, dann wird er nicht schwören und hierdurch sein Beweis durch directen Gegenbeweis vernichtet. Oftmals kann es in diesem subjectiven Zustande sogar Pflicht seyn, Nachweisungen über Ansprüche der Art zur Realisirung zu bringen. Ein Vormund würde hierfür ein erklärendes Beispiel abgeben können. — Die ganze Wichtigkeit unserer Ansicht in einzelnen Beispielen darzuthun, hieße jedoch diese Wichtigkeit beeinträchtigen, sie fällt

mit der Wichtigkeit des Gegenbeweises überhaupt zusammen.

Der Product kann sich nun aber auch zum Zwecke seiner Gegenbeweisführung, neben anderen Beweismitteln, so gut, wie der Producent zur Erbringung seines Beweises, eventuell und unter Umständen selbst cumulativ (wenn er den nämlichen Satz auch künstlich darthun will [1]) der Eideszuschiebung bedienen. Diese Handlung ist dann von denselben Folgen begleitet, welche überhaupt aus solcher entspringen; sie ändern aber natürlich diejenigen Grundsätze, welche seither in der Doctrin herrschten, sehr bedeutend ab. Dies zeigt sich auch namentlich in dem Falle, wo die Erkennung auf die nothwendigen Eide Statt finden muß. Denn hat der Product zum Zwecke seiner Gegenbeweisführung entweder gleichzeitig mit anderen Beweismitteln (in der Regel) eventuell, oder nur mit Eidesdelation den directen Gegenbeweis angetreten und es wird erkannt

A. auf den Erfüllungseid, so ist es möglich

1) der Beweisführer schwört denselben aus: dann hat er Beweis geführt. Zur Ausschwörung des Schiedeseides kommt es aber nicht, denn beide Beweismittel fallen, ihrer Natur und Eigenschaft nach, zusammen, und für den Producten ist es weit vortheilhafter, wenn der Erfüllungseid, als wenn der Schiedeseid, geschworen wird, indem durch jenen nur Beweis erbracht, nicht aber der Gegenbeweis vernichtet worden ist, der Deferent

1) S. Gensler im Archiv für civil. Praxis Bd. I. S. 157 lit. D.

auch nicht befugt ist, das durch die theilweise gelungene Beweisführung des Producenten erworbene Recht, seinen Beweis vollkommen herzustellen, zu entziehen.— Dem Beweisführer kann man aber nicht die Wahl gestatten, ob er den Erfüllungseid, oder den von dem Gegenbeweisführer angetragenen Eid ausschwören wolle, denn er ist schuldig, seinen Beweis vorerst zu führen, bevor der Gegenbeweis Pflicht des Producten wird.

2) Der Beweisführer schwört den Erfüllungseid nicht aus: dann ist der Beweis verfehlt und der Beklagte müßte losgesprochen werden. Mit diesem Vortheil hat sich derselbe aber nicht zu begnügen, er kann nunmehr eine Erklärung des abgewiesenen Producenten fordern, ob er den zum Zweck der directen Gegenbeweisführung angetragenen Eid ausschwören wolle, oder nicht; denn von dem Gebrauche seines Beweismittels kann er nicht ausgeschlossen werden, weil die Wirkung der Beweismittel des Producenten weggefallen ist. Nimmt der Beweisführer (hier Delat) den Eid an, dann hat der Gegenbeweis als solcher seinen Zweck verfehlt; weitere Folgen treten nicht ein, namentlich kann der Deferent, dessen Verurtheilung nur durch eine gelungene, hier aber mißlungene, Beweisführung bedingt ist, nicht verurtheilt werden. Verweigert der Delat (Producent) den Schiedeseid, dann ist der directe Gegenbeweis erbracht.

B. Es kommt zum Reinigungseide. Hier wiederholen sich nun obige Fälle:

1) Es schwört der Product den Reinigungseid aus. Nun wird der Producent aus eben dem Grunde abgewiesen,

aus welchem er abgewiesen wird, wenn er den Erfüllungseid verweigert hat: es ist in beiden Fällen nichts bewiesen. Der Gegenbeweisführer hat aber nunmehr das Recht (ganz verschieden von dem Falle unter A. 1.), zu verlangen, daß der Producent sich über den Schiedeseid erkläre. Acceptirt er denselben und leistet ihn ab: — dann hat er nichts bewiesen, denn dieser Eid ist ihm ja nicht zum Zweck seines Beweises, der durch die Ausschwörung des Reinigungseides ohnehin entfernt worden, sondern zum Zwecke des Gegenbeweises zugeschoben worden; dieser Zweck wurde nur nicht erreicht: der Gegenbeweis als solcher ist nicht geliefert. — Verweigert der Product den Reinigungseid, dann steht ihm freilich kein Lehrsatz hilfreich zur Seite: er müßte verurtheilt werden. Diese Verurtheilung würde jedoch nicht alle seine Mittel zur Vertheidigung berücksichtigt haben. Er muß zwar die Wahrheit anerkennen, daß durch die Eidesverweigerung der Beweis erbracht worden, denn seine Wahl über Ausschwörung oder Verweigerung soll ja über die Wirkung des versuchten Beweises entscheiden, und er hat gewählt. Aber er hat durch diese Wahl noch nicht auf seine Vertheidigung verzichtet, er kann vielmehr die Mittel zur Erörterung bringen, welche sie können erreichen lassen. Hat er daher dem Producenten den Eid deferirt: so kann er nunmehr verlangen, daß er sich über diesen Antrag als Gegenbeweismittel erkläre. Fällt diese Erklärung dahin aus, nicht schwören zu können, oder zu wollen: dann hat Product den Beweis aufgehoben und vollständigen Gegenbeweis geführt. Schwört ihn der Producent aus, dann hat er, welchem nicht seine Beweisführung (die blos veranlassenden Grund zur Erkennung auf einen nothwendi

gen Eid überhaupt abgeben kann), wohl aber die Verweigerung des Eides von Seiten des Gegentheils Beweis verschafft hat — den versuchten Gegenbeweis entfernt.

Die aufgestellten Grundsätze erklären aber auch weiter, und zwar auf's Vollständigste, die Erscheinung der Gewissensvertretung im Beweisverfahren. Diese Erscheinung mußte nach der seitherigen Theorie immer eine sehr auffallende seyn und, wollte man die Natürlichkeit nicht beeinträchtigen, auch bleiben. Man sieht auf einmal eine Parthie, gegen welche bewiesen werden soll, die Rolle eines Beweisführers übernehmen, man sieht sie unterliegen, wenn sie den Beweis nicht führt, obgleich der ursprüngliche Beweis nicht erbracht worden ist. Es wird eine Handlung Pflicht, welche zufolge allgemeiner Grundsätze erst aus der Pflichterfüllung des Gegentheils erwachsen konnte — und diese Pflicht hat der Gegentheil doch nicht erfüllt: durch die bloße Zuschiebung des Eides (sagt man) ist noch kein Vorbeweis [1]) geführt, wenigstens nicht vollendet, die Gewissens-

---

1) Es ist jedoch schon an und für sich die Behauptung, daß der Gegenbeweis das Vorhandenseyn eines Vorbeweises bedinge, unrichtig; man kann vielmehr nur behaupten, daß, bevor der Beweis erbracht, der Gegenbeweis oft überflüssig ist. Selbst vor angefangenem Prozesse können Handlungen vorkommen, welche die Erbringung des Gegenbeweises bezwecken sollen; man denke nur an die Provocationsprozesse und namentlich an die Beweisaufnahme zum ewigen Gedächtniß, welche

vertretung kann daher nicht Gegenbeweis seyn [1]). Man konnte dies mit Grund behaupten, so lange man bei der

---

der spät.r zum Gegenbeweis Verpflichtete vornehmen läßt. Der directe Gegenbeweis hat es mit dem Beweissatze (Beweisthema) zu thun, es soll durch ihn das directe Gegentheil desselben dargethan werden. Daß er zu diesem Ende die Beweismittel seines Gegners zu schwächen, oder deren Kraft aufzuheben sucht, ist nicht das einzige Mittel zu diesem Zwecke, nicht dieser unmittelbar. Es ist schwer zu erklären wie die Gönnersche Theorie sich neben den gebräuchlichen Grundsätzen der ausschließlich sogenannten künstlichen Gegenbeweisführung halten konnte.

1) Man vergl. Gönner Handbuch des gemeinen deutschen Prozesses, Bd. II. Abh. XLVIII. §. 3. S. 496 f. Dieser sagt: „Es ist wohl unverkennbar, daß die Gewissensvertretung im gerichtlichen Verfahren eine Veränderung hervorbringe, nur darauf kommt es an, worin diese Veränderung eigentlich besteht. Unläugbar ist der Deferent Beweisführer gewesen, aber da die bloße Eideszuschiebung den Beweis nicht vollführt, sondern hierzu eine Eidesleistung nothwendig ist, so vermengt man zwei wesentlich verschiedene Handlungen, den Antritt und die Vollführung eines Vorbeweises, wenn man schon die Eidesdelation für eine Vollendung des Beweises annimmt, um die Gewissensvertretung als Gegenbeweis darzustellen. Wie sollte auch auf die Gewissensvertretung der Begriff eines Gegenbeweises passen? Dieser setzt eine Beweisführung und ihre Vollendung durch die im Gefolge eines Beweismittels stehende Handlung voraus, und allemal ist bei einem Gegenbeweise der Beweis in dem hohen Grade die Hauptsache, daß da, wo der Beweis nicht hergestellt wurde, auf den Gegenbeweis gar nichts ankommt" (?). „Worin könnte wohl im Falle einer Gewissensvertretung der Beweis des Deferenten bestehen, dem ein Gegenbeweis correspondirte: was soll als vollkommener Beweis zuerst gedacht und vorausgesetzt werden, ehe man das Resultat des geführten Gegenbeweises be-

bloßen Zuschiebung des Eides allein stehen blieb. Geht man aber auf das Motiv dieser Handlung zurück und be=

---

rücksichtigt? Vor der Eidesleistung existirt kein Beweis durch Eid, und ohne Vollführung des Beweises durch das gewählte Beweismittel, ohne die Möglichkeit seiner Vollführung, kann man sich einen Gegenbeweis gar nicht denken." Die hier aufgeworfenen Fragen beantworten sich nach dem Vorausgegangenen von selbst. Durch die bloße Eideszuschiebung ist allerdings noch kein Beweis geführt, diese Handlung hat erst ihre möglichen Resultate abzuwarten, ehe ein Urtheil über solche und deren Vorhandenseyn gefällt werden kann — und nur dann, wenn dieses Resultat die Verweigerung des Eides war, kann man dieses Urtheil bejahend abgeben, und es wird dann auch Gönner in diese Bejahung, gemäß seines Grundsatzes: daß der Beweis eine Beweisführung und deren Vollendung durch die in Gefolge dieses Beweismittels stehende Handlung voraussetze, einstimmen können. Denn er wird nicht bestreiten können, daß die Folgen der Eideszuschiebung eben so gut Verweigerung des Eides, wie Ausschwörung desselben, seyn können. Das jurare nolle liegt aber gewiß jedesmal in solchen Handlungen, deren Vornahme das jurare nothwendig ausschließt. Und eben so gewiß ist es auch, daß nur durch das non jurare der Beweis erbracht werden kann. (Fr. 34. §. 6. D. 12. 2.) — Wenn entgegen dieser große Gelehrte die Vollführung des Beweises von der Eidesleistung abhängig macht, so muß er consequent behaupten, daß dann, wenn es zu der Eidesleistung nicht komme, auch nichts vollführt oder bewirkt worden sey. Schwüre demnach der Delat nicht und nähme er auch sonst keine Handlung vor, so wäre von dem Deferenten nichts bewirkt worden und der Delat könnte nicht verurtheilt werden. Aus welchem Grunde aber Gönner sogar die Existenz und die Vollführung des Beweises durch die Ableistung des Eides herbeigeführt wissen will, läßt sich schlechterdings nicht begreifen: die Folgen der Eidesleistung selbst widerlegen diese Ansicht wohl auf's Gründlichste. — Da Gönner die Gewissensvertretung

gleitet solche bis zu dem Resultate, welches sie geliefert: dann findet man, daß Derjenige, welcher den Eid zugeschoben, Nichtableistung desselben beabsichtigte, und daß Derjenige, welcher die Gewissensvertretung erwählt, diese Absicht und ihren Endzweck erreichen ließ. Es hat daher ein Vorbeweis wirklich Statt gefunden, welcher durch die Gewissensvertretung, will der Product nicht sachfällig werden, wieder aufheben, das heißt unwirksam machen muß. Er führt sonach durch die Gewissensvertretung den directen Gegenbeweis, und er handelt klug, wenn er mit der Erklärung, den directen Gegenbeweis durch Gewissensvertretung führen zu wollen, zugleich dem Producenten und Beweisführer eventuell den Eid zuschiebt — denn liefert die Gewissensvertretung kein günstiges Resultat, so macht er von dem Eide als Delation Gebrauch; oder, was zu demselben Ziele führt, er tritt seinen Gegenbeweis durch Gewissensvertretung an und behält sich vor, den deferirten Eid auf den Fall als zurückgeschoben zu betrachten, wenn die Gewissensvertretung kein Resultat haben sollte, ein Recht, auf dessen Ausübung die gleiche Befugniß des Beweisführers zu seinem Zwecke ihn berufen läßt. Läuft ihm aber noch die Frist zu seiner Gegenbeweisführung und hat er nicht ausdrücklich auf die Delation resp. Relation verzichtet, so kann er noch immer von solchen freien Gebrauch machen. Die Gewissensvertretung ist dann nur anticipirte Gegenbeweisführung,

---

als einen Vorbeweis ansieht, so mußte er auch dem Deferenten die Führung eines Gegenbeweises gestatten (a. a. O. §. 7.), dieses Recht hat derselbe aber nicht anzusprechen, weil ihm dieses der allerdings hier Anwendung findende Grundsatz, daß ein Gegenbeweis wider einen Gegenbeweis nicht Statt finden könne, abspricht.

welche einen Verzicht auf andere Beweismittel (Gegenbeweismittel) nicht zu unterstellen erlaubt.

Die Erklärung des Wesens der Gewissensvertretung von v. Zu = Rhein [1]), nach welcher diese ein Surrogat des deferirten Haupteides sey, und durch welche der Deferent, nicht der Delat, Beweis führe, hat schon durch v. Linde [2]) gründliche Beleuchtung und Widerlegung gefunden. Die Ansicht v. Zu = Rhein's, wonach gegen die Gewissensvertretung kein weiterer Gegenbeweis für zulässig erachtet werden dürfe, hält man jedoch für die richtige, wenn auch aus andern Gründen, als den von ihm angegebenen. Nicht deßhalb, weil ein Beweisführer gegen seinen eigenen Beweis einen Gegenbeweis nicht führen könne (ein Fall der ohnedieß auch vorkommen kann), sondern weil der schon durch die Regel der Eventualmaxime fest gestellte Grundsatz: reprob. reprobationis non datur, bei dem Vorhandenseyn aller seiner Voraussetzungen, seine volle Anwendung fordert. — Man gestehe nur dem Deferenten sein volles Recht zu, welches er erworben hat, wenn der zugeschobene Eid nicht ausgeschworen und die Gewissensvertretung erwählt wird, man wird dann das Recht desselben nicht im Geringsten beeinträchtigt oder mehr gefährdet finden, als in den Fällen, wo er Beweis erbracht hat. — Herr v. Linde a. a. O. S. 6. gibt uns im Nachstehenden einen Fall,

---

1) Jahrbücher des gemeinen deutschen bürgerl. Prozesses. Nürnb. 1829. Bd. I. H. 1. — S. auch Thibaut System des Pand. Rechts. §. 1164.

2) Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Herausgegeb. von Dr. Just. T. B. v. Linde, Dr. Th. G. L. Marezoll u. Dr. J. N. v. Wening = Ingenheim Bd. III. S. 2. ff.

welcher die Lage des Deferenten einer besonderen Beurtheilung ausstellt. „Dem Producenten ist zu beweisen auferlegt: daß der Product am 30. Januar das geliehene Pferd durch übermäßige Anstrengung am Orte A ruinirt habe und schiebt dem Producten darüber den Eid zu. Dieser greift zur Gewissensvertretung, und beweißt durch Zeugen, die sogar als classisch erscheinen, daß er am 30. Januar in einem bestimmten Hospital, welches vom Orte A hundert Stunden entfernt ist, tödtlich krank gelegen habe, während der Producent und Deferent zu beweisen vermag: daß jenes Hospital schon lange vor dem angegebenen Zeitpunkt abgebrannt und Delat in der Nacht vom 30. auf den 31. Januar im Orte A. war. Hier würde man es wahrscheinlich nicht weniger bedenklich finden, den Deferenten zu diesem Gegenbeweise nicht zuzulassen. Und doch könnte es nicht geschehen, wenn der Grundsatz richtig wäre: daß gegen Gewissensvertretung kein Gegenbeweis statt fände“.

Die Entscheidung dieses Falles möchte nicht schwierig seyn, ohne daß man zugeben müßte, daß gegen die Gewissensvertretung ein Gegenbeweis Statt finden dürfe und ohne daß der Grundsatz: **reprobatio reprobationis non datur** eine Abweichung mehr nothwendig machte, als wenn der Gegenbeweis gerade nicht in Form einer Gewissensvertretung erschiene. Ist dem Producenten der Beweis auferlegt worden, daß der Product am 30. Januar das geliehene Pferd durch übermäßige Anstrengung am Orte A ruinirt habe, und hat er zur Erbringung dieses Beweises dem Producten den Eid deferirt, dieser aber solchen nicht geschworen, so hat der Producent diese Thatsachen bewiesen, und mehr kann er nicht beweisen, als wenn er das Beweisthema erschöpft: hier hat er bewiesen, daß der Product am 30. Jan. am Orte A das geliehene Pferd ruinirt

habe. Durch diesen Beweis hat er zugleich die Wahrheit seiner Behauptungen juristisch zu dem Grade von Glaubwürdigkeit erhoben, wie dieses durch den Beweis als solchen überhaupt möglich und wie solches zugleich nöthig ist: es müssen seine Behauptungen als wahr und folgerichtig die des Producten als unwahr angesehen werden, denn wenn dargethan worden, daß dieser am 30. Jan. am Orte A das Pferd ruinirt habe, so kann durch nichts Anderem mehr, als hierdurch dargethan werden, daß der Product zu dieser Zeit an keinem Orte, welcher die gleichzeitige Anwesenheit, seiner bedeutenden Entfernung wegen, nach den Gesetzen von Raum und Zeit nothwendig ausschließen würde, gewesen seyn könne. Greift der Delat nun zur Gewissensvertretung und beweißt er durch zwei classische Zeugen, daß er zu jener Zeit dennoch an einem solchen Orte sich befunden habe, so hat er den geführten Beweis durch s. g. künstlichen Gegenbeweis aufgehoben. Dem Deferenten hier gestatten, dagegen den weiteren Gegenbeweis zu führen, daß der Delat in der Nacht vom 30. auf den 31. Jan. im Orte A wirklich gewesen sey, hieße die Sache wieder auf den Anfang des Beweisverfahrens zurück versetzen zu einem Zweck, der schon erreicht worden ist. Das factisch Gegebene dieses Falles würde gerade so beurtheilt werden müssen, wie da, wo der Producent, statt durch Delation des Eides, seinen Beweis durch zwei classische Zeugen dargethan hätte und nun vom Producten der Gegenbeweis in der bezeichneten Art geführt worden wäre. Der Beweis besteht hier nur in dem Ausschluß der in gehöriger Zeit zur Sprache gebrachten relevanten Thatsachen des Gegentheils. Einen Gegenbeweis gegen einen Gegenbeweis kann es denkbarer Weise nicht geben, so wenig, wie Seyn und Nichtseyn in Betreff einer Thatsache zugleich bestehen und gedacht werden kann. Das zeigt auch ganz klar der vorgelegte Fall. Die Nachweisung des

Deferenten: daß jenes Hospital schon lange vor dem angegebenen Zeitpunkte abgebrannt sey, ist nicht Gegenbeweis wider den Gegenbeweis des Delaten, sondern diese Nachweisung bildet einen Theil seiner Beweisführung, wird Bestandtheil derselben [1]), wenn auch diese Thatsache gerade nicht ausdrücklich in das Beweisthema aufgenommen worden ist, da nicht alle Thatsachen in solchem eine Stelle finden können und dürfen, welche diejenigen Thatsachen, die zur Führung des Gegenbeweises möglicher Weise zur Sprache gebracht werden, entfernen sollen; denn die Entfernung dieser Thatsachen wird ja zuerst dann nöthig, wenn solche geltend gemacht worden; das Beweisthema muß nur diejenigen Thatsachen, aber diese alle enthalten, welche, wenn sie allein bewiesen sind, die Realisirung des Anspruchs des Klägers erlauben; Alles, was diesen Thatsachen oder deren Annahme möglicherweise entgegenstehen kann, bildet den Gegenstand des Gegenbeweises, und Alles, was diesem entgegensteht, muß zum Beweise gehören. In dem hier festgestellten Beweisthema ist aber, genau betrachtet, die Auflage enthalten, nachzuweisen, daß der Product nicht in dem Hospital zur fraglichen Zeit krank gelegen habe, denn wenn dem Producenten auferlegt ist, zu beweisen: daß der Product am 30. Januar das Pferd am Ort A ruinirt habe, so fixirt dieses Thema in positiver Form zugleich den Ausschluß der von dem Producten geltend gemachten Behauptung, daß er zu dieser Zeit in dem Hospitale krank gelegen habe. Es ist die Behauptung ganz irrig, daß dem Fordernden nur der Beweis auferlegt, die Führung des directen Gegenbeweises aber ausschließlich Sache des Beklagten sey.

---

1) Anders, wenn gegen eine eventuell vorgeschützte wahre Einrede, eigentliche Replik ꝛc. angekämpft werden müßte.

In jeder Beweisauflage liegt die Anforderung, den directen Gegenbeweis zu entfernen, denn der Beweis selbst läßt sich ja nur mit Rücksicht auf den Ausschluß des Entgegenstehenden denken, sowie eine Thatsache, ja selbst alle unsere Vorstellungen und Begriffe, nur in ihren Gegensätzen uns erkennbar werden und zum Bewußtseyn kommen können. Man unterwerfe alle Beweissätze dieser Prüfung, um vollkommene Ueberzeugung zu gewinnen. Das geht aus der Natur der Sache hervor und legt sich klar dar, wenn man diesen Fall zur Entscheidung bringen wollte. Für den Deferenten könnte gewiß nicht entschieden werden, wenn er auch durch zwei Zeugen das Abgebranntseyn des Hospitals zu der angegebenen Zeit beweisen sollte, denn immer würde der Beweis deshalb nicht hergestellt seyn, weil der Ausschluß des von Seiten des Delaten geführten Gegenbeweises nicht bewirkt worden ist. Man ordne nur die auseinander geworfenen Facten und es kann nicht zweifelhaft seyn, die Stellen derjenigen Handlungen, welche die Partheien zur Bewahrheitung derselben vornehmen, genau zu erkennen. Gesetzt, der Producent hätte zugleich bei Führung seines Beweises, etwa durch die Aussagen von Zeugen, mit dargethan, daß das Hospital zur fraglichen Zeit abgebrannt gewesen sey, der Product aber habe durch classische Zeugen nachgewiesen, daß er zu dieser Zeit in dem entfernten Hospital krank gelegen habe. Der Producent müßte abgewiesen werden, und es würde daher ganz zwecklos seyn, wollte man den Producenten zu dem sogenannten Gegengegenbeweise zulassen, insofern durch denselben nur dargethan werden sollte, daß das Hospital zur besprochenen Zeit schon abgebrannt gewesen; denn immerhin würde der Gegenbeweis des Producten seine Rechte in der Art behaupten, daß er die Annahme der Wahrheit des geführten Beweises nicht zulassen könnte. Anderer Erfolg müßte eintreten, wenn der Producent den Gegenbeweis

in einer Art aus dem Wege räumen könnte, daß sein Daseyn juristisch nicht angenommen werden dürfte: wenn er etwa nachzeigte, daß die Zeugen des Producten meineidig, bestochen oder aus andern Gründen unfähig seyen; dieser Erfolg würde darum ein anderer seyn, weil mit dieser Nachweisung das Hinderniß, welches die Annahme des Beweises ausschließen sollte, als solches, wenigstens juridisch gar nicht existirt, daher auch keine Wirkung äußern kann. Ein Gleiches würde eintreten, wenn die Thatsache in das Register der Gewißheit mit der Bedeutung eingetragen wäre, daß ein Gegenbeweis gar keinen Zweifel oder Abtrag derselben erzeugen könnte, z. B. der Product wollte mit zwei Zeugen darthun, daß Friedrich der II. keinen Krieg geführt habe. Daher kann man auch unbedenklich, zur Ehre des Grundsatzes: reprobatio reprobationis non datur — neueren Lehrsätzen gegenüber, behaupten, daß selbst, wenn der Gegenbeweis auf sogenannte künstliche Weise vollständig geführt worden, ein weiterer Gegenbeweis, als völlig zwecklos, nicht zugelassen werden dürfe, falls nicht die Mittel, womit der Gegenbeweis vollständig erbracht worden, als nicht vorhanden, oder als nicht beachtenswerth dargestellt werden können. Denn würde in dem obigen Falle der Producent durch noch so viele Zeugen und durch alle möglichen Beweismittel darthun, daß das Hospital zu jener Zeit abgebrannt gewesen sey, kann er aber gegen die vom Producten aufgeführten classischen Zeugen nichts erinnern: dann nützt ihn seine ganze Thätigkeit nichts, er muß wegen geführten Gegenbeweises abgewiesen werden. Diese Thätigkeit, falls sich der Beweispflichtige auch zu solcher erbieten wollte, müßte daher auch ganz ausgeschlossen werden, wenn durch solche kein für sie günstiges Resultat herbeigeführt werden könnte. Man setze den Fall, daß der Product, ehe noch der Producent für die Erbringung seines Beweises thätig

gewesen, durch seine Beweismittel, welche der Beweispflichtige an und für sich gelten lassen müßte, vollständig dargethan hätte, daß er am 30. Januar in jenem Hospital krank gelegen habe. Durch diese Nachweisung hätte die mögliche Beweisführung des Producenten eine Lücke erhalten, welche er durch nichts ausfüllen könnte, die Mangelhaftigkeit der Beweisrequisite, die ja den Ausschluß alles directen Widerspruchs der von ihm zu beweisenden Thatsache mit zum Gegenstande haben, könnte durch nichts ergänzt werden.

Diese ausführlichen Deductionen hielt man für nöthig, um in Kürze einer allgemeinen Ansicht der Rechtslehrer begegnen zu können, welche auch noch aus anderen, als den hier widerlegten, Gründen Bestätigung des Grundsatzes fanden, daß eine Eideszuschiebung zum Zweck der Führung des eigentlichen Gegenbeweises unstatthaft sey. Man sagte, derjenige, welcher bewiesen, habe schon darum nicht nöthig, den Eid desjenigen, welcher directen Gegenbeweis mit solchem führen wolle, anzunehmen, weil er als Beweisführer sich darauf berufen könne, er habe bereits durch den geführten Beweis sein Gewissen vertreten; dasselbe Recht stehe ja auch dem Producten als Delaten zu, und die Rechte der Parthieen seyen im Allgemeinen gleich. — Eine Unterstützung dieser Ansicht kann nun natürlich aus dem erwähnten cap. 2. X. 2, 19 nicht entnommen werden, denn ein Institut, welches zur Zeit dieser Gesetzgebung noch nicht existirte, konnte auch keinen Grund für das Motiv des Gesetzgebers abgegeben haben. Die Einführung der Gewissensvertretung kann aber gewiß keinen Grund finden lassen, die Eideszuschiebung für unzulässig zu erklären, weil

1) das cap. 2. X. 2, 19, wie ausgeführt, dieselbe nicht verbietet, sondern erlaubt, und man es dem Producenten

jedenfalls überlassen mußte, ob er von der Annahme und Ausschwörung des Eides Gebrauch machen, oder sich auf den geführten Beweis als Gewissensvertretung berufen wolle. Dieser ihm gestatteten Wahl hat die nun aufgehörte subsidiarische Natur des Eides nicht einmal im Wege gestanden. Durch das ihm mehr entstandene Recht zur Gewissensvertretung könnte derselbe nur bereichert, nicht beschränkt worden seyn; dadurch, daß Jemanden noch ein Beweismittel zu Gebote steht, fallen ihm die anderen nicht weg.

2) Der Product hat bei dem nun ganz unbeschränkten Gebrauche dieses Beweismittels als solchem das Recht, seinen Gegenbeweis auf jede Art zu führen.

3) Nur wenn der Producent mittelst seiner Beweisführung alle entgegenstehenden Möglichkeiten, oder das Entgegenstehende, welches der Product zur Sprache gebracht hat, entfernt hätte, könnte er denjenigen Theil seiner Beweisführung Gewissensvertretung nennen, der andere Theil seiner Beweisführung und das Resultat, welches er geliefert, stünde nicht im nothwendigen Gegensatze des möglich vorhandenen Ausschlusses, oder der Gegenbeweisführung, er kann daher, außer diesem Verhältnisse, nicht in das Verhältniß der Gewissensvertretung zum Gegenbeweise gestellt werden. Vorzüglich klar wird diese Wahrheit durch diejenigen Fälle, in welchen qualificirte Geständnisse vorkommen, ohne daß jedoch diese Wahrheit weniger häufig und weniger wichtig in andern Fällen sich geltend machte. Wenn A von B aus einem Pferdekauf 100 fl. fordert, B den Kauf zugesteht, dagegen behauptet, daß derselbe unter Bedingung abgeschlossen worden sey, so hat A, der diese Beschränkung in Abrede stellt, nun zu beweisen, daß B ihm aus dem Kaufe

100 fl. verschulde, mehr aber nicht [1]). Dem B muß es jedoch frei gestellt seyn, durch directen Gegenbeweis die behauptete Bedingung darzuthun. A führt seinen Beweis durch zwei classische Zeugen, welche bei Abschluß des Kaufcontractes zugegen gewesen; dieselben versichern auch, gehört

---

1) Unrichtig stellt Gesterding (Archiv für civil. Praxis, Bd. II. S. 223) den Beweissatz bei vorliegendem qualificirten Geständnisse, indem er sagt: „Wenn der Kläger behauptet, der Beklagte habe ein Haus z. B. für 1000 Thlr. von ihm erkauft, dieser den Handel zugesteht, aber dabei behauptet, daß in dem Handel die Mobilien begriffen gewesen — liegt in dieser Behauptung eine Bestreitung desjenigen, was zur Begründung der Klage gehört, nämlich daß der Beklagte für das Haus, oder, was einerlei ist, für das Haus allein 1000 Thlr. als Kaufgeld zu erlegen versprochen. Dem Kläger liegt also der Beweis ob, daß das eingeklagte Kaufgeld für das Haus — allein stipulirt worden sey." — So den Beweissatz gestellt, wird dem Kläger ein größerer Ausschluß des Widerspruchs der von ihm behaupteten Thatsache, die an und für sich doch sein angesprochenes Recht schon zu begründen im Stande ist, aufgedrungen, als nöthig ist. Legt Kläger daher auch durch zwei classische Zeugen dar, daß er dem Beklagten das Haus für 1000 Thlr. verkauft habe, können die Zeugen aber darüber sich nicht mit Bestimmtheit aussprechen, oder wissen sie nur nicht, daß nichts anders, als das Haus, verkauft worden, so ist der Beweis nicht erbracht — während dies der Fall gewesen seyn würde, wenn der Richter blos den Beweis desjenigen Factums auferlegt hätte, auf dessen Wahrheit der Kläger seinen Anspruch gründete — wenn daher der Beweissatz dahin regulirt worden wäre: daß der Beklagte für das verkaufte Haus 1000 Thlr. versprochen habe. Es ist daher nicht gleichviel, ob man den Beweissatz in positiver oder negativer Form faßt, denn einer Thatsache stehen immer viele Möglichkeiten entgegen, die nicht immer zu beachten sind, da nur die Entfernung des nothwendigen Ausschlusses in das Pflichtgebiet zu ziehen ist

zu haben, daß B dem A 100 fl. für das Pferd geboten, sie fügen aber ihrer Aussage die Erklärung an, daß sie dem Handel keine unausgesetzte Aufmerksamkeit geschenkt hätten und es recht gut möglich sey, die fragliche Bedingung sey, ohne daß sie es gehört hätten, beliebt worden. Auch hier hat Producent bewiesen; allein hat er auch den directen Gegenbeweis entfernt und kann er sich, wenn ihm der Eid angetragen wird, desselben dadurch entheben, daß er sich auf die zwei Zeugen als Gewissensvertretung beruft? Gewiß nicht. Sein gelieferter Beweis steht nicht in demjenigen Verhältnisse zur geltend gemachten Thatsache des Producten, daß er diese Thatsache, die Bedingung, als vorhanden ausschließt; es fehlt hier aller Zusammenhang. Der Product behauptet, es sey die fragl. Bedingung angefügt worden, die Zeugen des Producenten sagen, diese Bedingung könnte recht wohl angefügt worden seyn — würde nun der Beweisführer, welchem hierüber der Eid angetragen wird, sich auf einen relativen Zusammenhang berufen, würde er sich nicht vielmehr geradezu in Widerspruch versetzen, wenn er sagen wollte, durch die Aussagen seiner Zeugen sey die Annahme der behaupteten Bedingung entfernt worden? In der Natur der Beweisführung und ihrem Resultate an und für sich kann dieser Zusammenhang, dieser negative Coexistenznexus (im Sinne Gensler's) nicht gesucht und gefunden werden; denn läge dieser Ausschluß in dem Character des Beweises mit Nothwendigkeit, dann würde dieses Wesen sich unter allen Verhältnissen wirksam zeigen müssen, es würde dann auch Derjenige eine ganz überflüssige Handlung vornehmen, oder zu deren Vornahme gar nicht zugelassen werden dürfen, welcher die in Rede stehende Bedingung durch zwei Zeugen beweisen wollte, oder, falls er sie bewiesen, würde dann der Beweisführer, will man nicht inconsequent werden, unter Berufen auf seinen

geführten Beweis, fordern können, daß dieser durch den geführten Gegenbeweis gar nicht berührt werde.

Gründet jedoch ein Theil seinen Anspruch auf eine Thatsache, welche des Beweises als Handlung enthebt und welche den Gegenbeweis ausschließt, z. B. auf eine wahre Notorietät — oder hat der Beweispflichtige zugleich durch seine Beweisführung den Ausschluß des directen Gegentheils aller, oder nur der von dem Producten zur Sprache gebrachten Behauptungen, soweit solche von Relevanz sind, dargethan: dann nur könnte er sich — wenn er wollte, seiner gebrauchten Beweismittel in Betreff aller oder desjenigen Theils seiner Beweisführung als Gewissensvertretung berufen, in Betreff deren alle gegnerischen Behauptungen, beziehungsweise die einzelnen Theile derselben ausgeschlossen werden. Wenn z. B der Beklagte unumwunden gesteht, das Pferd für 100 fl. gekauft und tradirt erhalten zu haben, wenn A und B sich darüber streiten, ob Letzter bis dicht an die Mauer des A gebaut habe, der Richter einen Augenschein in legaler Form eingenommen und dieser ergeben hat, daß B wirklich bis dicht an die Mauer des A seinen Bau gestellt — und es wollte nunmehr B dem A den Eid über das Gegentheil dieser Thatsachen zuschieben, dann würde dieser sich gewiß auf das Geständniß, den Augenschein mit anzuerkennender Wirksamkeit berufen können: dies aber aus dem einfachen Grunde, weil der ganze Inhalt des zur Sprache gebrachten directen Gegenbeweises als ausgeschlossen zu betrachten ist. Da es in der Regel der Dispositionsfreiheit des Beweisführers nicht weniger, wie des Gegenbeweisführers, anheim gegeben werden muß, auf welche Art und durch welche Mittel sie für ihre Zwecke thätig seyn wollen, so muß auch die Beurtheilung, ob und in wie weit der Gegenbeweis durch die Be-

weisführung als ausgeschlossen zu betrachten ist, einmal darauf gerichtet seyn, welches Resultat die gebrauchten Beweismittel gehabt haben und diese Beurtheilung sich weiter nach den Thatsachen richten, durch welche der Product als Gegenbeweisführer seine Vertheidigung zu führen versucht hat, in Betreff der nicht angeführten muß ein Verzicht zur Zeit unterstellt werden, dessen Vortheil dem Producenten nicht entzogen werden darf. Hat z. B. A behauptet, daß er dem B das Pferd für 100 fl. verkauft habe, B läugnet blos den abgeschlossenen Handel und A beweißt durch zwei Zeugen, daß in ihrer Gegenwart der B dasselbe für 100 fl. käuflich erstanden habe, dann würde A, wollte B sich der Eideszuschiebung über das Gegentheil dieses Factums bedienen, wäre der Eid noch subsidiarischer Natur, sich auf die Zeugen als Gewissensvertretung berufen können, weil seine Beweisführung die zur Sprache gebrachte einzige Thatsache des Gegenbeweises völlig ausschließt. Immerhin wäre aber nur Beweis geführt, die Führung des Gegenbeweises aber noch nicht für immer verhindert und unmöglich gemacht.

4) Dem Producenten ist es von großem Werthe, den Gegenbeweis zu vernichten, oder dessen Führung für immer zu verhindern. Diesen ihn gewiß sehr interessirenden, Rechtszustand kann er nicht herbei führen, wenn der Beweis nur erbracht und es zum Gegenbeweis gar nicht gekommen, oder derselbe nicht geführt worden ist. Der Product kann durch das beneficium oder remed. rest. in integr. den Prozeß wieder in die Lage zurückbringen, wo es ihm gestattet war, seinen Gegenbeweis zu führen: er behauptet, er sey zur Zeit, die ihm zur Führung seines Gegenbeweises gelaufen, krank gewesen, er habe zuerst später von anderen Beweismitteln Kenntniß erhalten ꝛc. Der Producent muß sich die Wiederaufnahme des langwierigsten Prozesses gefallen lassen.

Nicht so, wenn er den von dem Producten ihm deferirten Eid abgeleistet hat; denn hier macht sich dessen Natur als Vergleichsmittel geltend und verweißt den Producten als Gegenbeweisführer zur Ruhe — ein Vortheil, den ihm die vollständigste Beweisführung nicht zu Theil werden läßt, abgesehen von den Vortheilen, die ihm gesetzlich auch schon früher zu Statten kommen[1]).

Es sind nach den hier aufgestellten Principien bis jetzt die beiden Hauptfälle untersucht worden, wie bei gewählter Gegenbeweisführung zu verfahren sey:

A. wenn der Beweis vollständig gelungen,

B. wenn der Beweis nur bis zu der Höhe gesteigert worden, daß entweder auf den Erfüllungs- oder auf den Reinigungs-Eid erkannt werden mußte.

Das Erschöpfen der ganzen Frage zieht daher noch zur Beantwortung den dritten Fall

C. wenn der Hauptbeweis gänzlich mißlungen, oder die Beweisführung nicht einmal so viel Resultat geliefert hat, um auf einen oder den andern der nothwendigen Eide erkennen zu dürfen.

Das cap. 2. X. 2. 19 redet von diesem Falle nicht, denn seine Bestimmung erstreckt sich nur darauf, wenn vollständig durch Instrumente oder Zeugen bewiesen worden ist. Da aber die Interpretation dieser Stelle zu der Ansicht gelangte, daß der Eid zum Zwecke des directen Gegenbeweises

---

1) Vergl. z. B. Fr. 2. D. 12. 2. — c. 1. und besonders c. 12. §. 3. de reb. cred. et jurejurando 4. 1.

deshalb nicht gebraucht werden dürfe, weil der Beweisführer seinen Beweis nicht zu verstärken verpflichtet sey, so fand man diese Ansicht nicht mit dem Falle im Widerspruche stehend, wenn der Beweisführer gar nichts, oder doch nicht so viel bewiesen hatte, daß auf einen Notheid erkannt werden konnte. Man nahm — beim Mangel bestätigender Gesetze — seine Gründe aus der Natur der Sache und lehrte: „Ist der Hauptbeweis gänzlich mißlungen, so ist ohnehin der Gegenbeweis überflüssig und ist er endlich unvollständig ausgefallen, so kommt es entweder zum Erfüllungs- oder Reinigungseide" [1]. Ganz andere Grundsätze stellte man wieder bei der Collision des Beweises mit dem indirecten Gegenbeweise auf und deducirte: „Bei unvollständigem Beweise kann zwar der Gegenbeweisführer verlangen, daß sein vollständiger Gegenbeweis sogleich berücksichtigt und alsbald gegen den Beweisführer gesprochen werde, er kann aber auch, wegen der eventuellen Natur der Einrede, öfters mit großem Nutzen verlangen, daß zuvörderst der Beweis durch den Erfullungseid ergänzt, oder durch den Reinigungseid entfernt und alsdann, dort wegen des Gegenbeweises, hier wegen des mangelnden Beweises, gegen den Beweisführer gesprochen werde [2]. Diese Grundsätze sind (wenigstens ihrer Tendenz [3]) nach) sehr richtig und nicht

---

1) Vergl. Bayer a. a. O. S. 334.

2) S. v. Grolman Theorie des Verfahrens in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten. §. 205. S. 320.

3) Ihre Anwendung in der aufgestellten Art dürfte jedoch gegründeten Bedenklichkeiten ausgesetzt werden können. Den Richter dürfen bei Erkennen auf die Notheide nur die Ergebnisse der Beweis- oder Gegenbeweisführung leiten, er ist hierbei von dem Antrage der Partheien ganz unabhängig.

allein mit demselben, sondern unter Umständen noch mit viel größerem Nutzen anwendbar bei dem directen Gegenbeweise überhaupt. Es ist auch hier von wichtigem Einfluß, ob der Beweisführer wegen mangelnden Beweises, oder wegen geführten Gegenbeweises abgewiesen wird, denn es muß einen Unterschied begründen, ob der Beweisführer seinen Anspruch blos nicht darthun konnte, oder ob ihm gegenüber dargethan worden ist, daß ein Anspruch gar nicht vorhanden war[1]). Diese Wahrheit ließ sich nicht verkennen, ihr zur Steuer durfte man aber nicht zugeben, daß durch den Schiedeseid des Beklagten das Nichtvorhandenseyn des Anspruchs dargethan werde, weil man nicht zugab, daß der directe Gegenbeweis durch solchen geführt werden durfte. Hiernach würde es von größerem Vortheil für den Beklagten seyn, wenn der Anspruch wirklich einmal vorhanden gewesen und wieder aufgehoben worden sey, als wenn ein Anspruch niemals existirt hätte, denn nur in jenem Falle würde ihm in einer Einrede Hilfe zugesagt, in diesem würde ihm solche nur dann zu Theil, wenn es dem

1) M. vergl. z. B. Fr. 14. D. 22. 3. Circa eum, qui se ex libertinate ingenuum dicat, referendum est, quis actoribus partibus fungatur. Et si quidem in possessione libertinatis fuit, sine dubio ipsum oportebit ingenuitatis causam agere docereque, se ingenuum esse, sin vero in possessione ingenuitatis sit, et libertinus esse dicatur, scilicet ejus, qui ei controversiam movet, hoc probare debet, qui eum dicit libertum. Quid enim interest, servum suum quis, an libertum contendat? Si quis autem fiducia ingenuitatis suae ultro in se suscipiat probationes, ad hoc, ut sententiam ferat pro ingenuitate facientem, hoc est, ingenuum se esse ut pronuntietur, an obtemperari ei debeat, tractari potest; et non ab re esse opinor, morem ei geri probandi se ingenuum, et sententiam secundum se dandam, quum nulla captio intercedat iuris.

Producenten beliebt hätte, seinen Beweis mit Eideszuschiebung anzutreten, oder wenn er dessen andere beliebig ausgewählten Beweismittel vernichten könnte. Die Vertheidigung ist ihrer selbst wegen, nicht der Form wegen, da, in welcher sie geltend gemacht werden soll, sie entlehnt ihre Mittel aus den Gründen, aus welchen sie sich darbieten, auf deren Umfang sind sie ebenso verwiesen, wie vollständig angewiesen. Interessirt es aber den Beklagten schon, ob der Kläger wegen mangelnden Beweises, oder wegen gelungenen indirecten Gegenbeweises abgewiesen werde, so kann es für ihn von noch viel größerem Interesse seyn, wenn derselbe wegen geführten directen Gegenbeweises abgewiesen werden muß. Der Beklagte kann Einreden haben (namentlich solche, welche mit einer eigenen Klage später geltend gemacht werden können), in Betreff deren er weis, daß er solche nicht, wenigstens jetzt nicht, beweisen kann, er kann z. B. die Urkunden jetzt nicht auffinden, die Zeugen nicht zur Hand haben, auf die Namen derselben sich jetzt nicht erinnern rc., er schützt sie daher zweckmäßig gar nicht vor, vielmehr schiebt er dem Kläger zum Zweck des directen Gegenbeweises den Eid zu, den er führt, wenn ihn der Kläger verweigert, und den er als Gegenbeweis nur nicht führt, wenn ihn der Kläger ausschwört, der aber auch in diesem Falle wegen verfehlten Beweises abgewiesen werden muß. Weis der Beklagte daß ihm dieses kräftige Mittel zu Gebote steht, dann wird er nicht, wie es leider seither die befolgten Grundsätze nöthig machten, ein ganzes Heer von eventuell vorgeschützten Einreden seiner negativen Einlassung nachfolgen lassen, deren Erörterung für die Parthieen nicht weniger, wie für den Richter, von großer Belästigung und sonstigen Nachtheilen sind, die Acten und mit ihnen die Kosten unnöthig aufschwellen lassen. — Allein nicht immer — und diese Rücksicht ist noch weit wichtiger — hat der Beklagte eine Einrede

aufzuweisen, er stand mit dem Kläger niemals in einem Verhältniß, durch welches ihm eine solche nur erwachsen konnte und dann wird man doch hierin keinen Rechtfertigungsgrund finden können, ihn weil er ganz unschuldig ist, oft der einzigen Hilfe zu berauben und ihm seine ganze Vertheidigung zu entziehen.

Das aufgestellte Princip, daß die Relation des Eides nur eine directe Gegenbeweisführung ist, verschafft aber neben dem großen pecuniären Vortheil für die Parthei selbst auch einen zu beachtenden moralischen Gewinn. Es ist seither mehr eine Schlußformel der Prozesse gewesen, den deferirten Eid, welchen der Delat nicht schwören konnte, dem Beweisführer wieder zurückzuschieben, selbst wenn er wußte, daß er von demselben ausgeschworen werde. Es war dies eine boshafte Spielerei, in welcher die Chikane und die Rache gefällig sich weideten, um nicht ganz leer bei der Sache auszugehen. Man ließ ja dem abgeleisteten Eide keine weitere Wirkung zukommen, als daß der Kläger nunmehr bewiesen habe, eine Wirkung, welche dadurch nicht geringer sich äußerte, als dann, wenn der Beklagte den Eid nicht referirte. Der Gefährdeeid konnte in diesem Falle dem Mißbrauche keine Gränzen setzen, weil derselbe, gemeinem Rechte nach [1]) un=

1) Fr. 34. §. 7. 12. 2. — Anders nach Particularrechten. Vergl. Hess. Darmst. Civil = Prozeßordnung v. Jahr 1724 Th. II. Tit. V. „Dafern nun Jemand per juramentum litis decisorium seinen Beweis führen ꝛc. — ordnen und wollen wir, daß sowohl der Deferens das Juramentum calumniae, als der Gegentheil das Juramentum litis decisorium, oder aber in casu, da dieses dem Deferenten referirt worden, der Deferent auch solches, nemlich beide Juramenta, calumniae et litis decisorium, uno actu, regulariter in Person abschwören solle“.

zulässig ist. Erwägt aber der Delat (Referent) den Unterschied, welcher möglicher Weise in einer Beweisführung, oder einer entkräfteten Gegenbeweisführung liegt, so wird wenigstens sein Interesse die einflußreichen Rechte der Moralität zu respectiren gebieten und dieses ihn auffordern, bei der Verweigerung des Eides es bewenden zu lassen.

Kn

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Heyer, Conrad

Abhandlungen aus verschiedenen Theilen der Rechtswissenschaft

Giessen 1841

Jur.opp. 31 m
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10571290-5